Über den Theaterbesuchsvertrag und das Theaterbillett.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Juristischen Fakultät der Universität Breslau

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

vorgelegt von

Paul Jackisch

z. Z. Referendar am Kgl. Amtsgericht zu Nicolai (O.-Schl.).

Borna - Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1909.

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Schott.
Korreferent: Professor Dr. Herb. Meyer.

Meinen lieben Eltern

in Dankbarkeit gewidmet.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. Einleitende Bemerkungen 1

Erstes Kapitel.

§ 2. Die rechtliche Natur des Theaterbesuchsvertrags 3
a) Nach römischem und gemeinem Recht 4
b) Nach allgem. Landrecht 14
c) Nach heutigem bürgerlichen Recht 16
§ 3. Kritik der Gegenmeinungen 21
Die Auffassung des Theaterbesuchsvertrags als
a) Dienstvertrag 22
b) Sachmiete 25
c) Die Auffassung Sommers 27
d) Als Kauf 30
e) Reiner Werkvertrag 35
f) Besonders gearteter Vertrag 42
g) Entreprise 43

Zweites Kapitel.

Die rechtliche Natur des Theaterbilletts.

§ 4. Einleitende Bemerkungen 44
§ 5. Die Auffassung des Theaterbilletts als
a) Quittung 47
b) Legitimationszeichen 49
c) Qualifiziertes Legitimationspapier 51
d) Inhaberpapier 55
§ 6. Kritik der gegen die Inhaberpapiernatur erhobenen Einwendungen 61
§ 7. Die Übertragbarkeit des Theaterbilletts 68
a) Nach Zivilrecht 68
b) Nach Strafrecht 75
§ 8. Schlußbemerkungen 83

Literaturverzeichnis.

I. Lehr- und Handbücher.

Arndts, Lehrbuch der Pandekten. 11. Aufl. Stuttgart 1883.

Baron, Pandekten. Leipzig 1882.

Bendix, Das deutsche bürgerliche Recht auf Grund des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs. Breslau 1904.

Berner, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 14. Aufl. Leipzig 1886.

Beseler, System des gemeinen deutschen Privatrechts. Bd. 3. Berlin 1855.

Binding, Die Normen und ihre Übertretung. Bd. 2: Schuld und Vorsatz. Leipzig 1877.

Binding, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. Teil 2. 1. Hälfte. Leipzig 1896.

Birkmeyer, Das Strafrecht. In seiner Enzyklopädie der Rechtswissenschaft Bd. 2 2. Aufl. Berlin 1904.

Brunner, Die Wertpapiere. In Endemanns Handbuch für das deutsche Handels-, See- und Wechselrecht Bd. 2 S. 140 f. Leipzig 1882.

Bluntschli-Dahn, Deutsches Privatrecht. 3. Aufl. München 1864.

v. Buchka, Vergleichende Darstellung des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich und des gemeinen Rechts. 3. Aufl. Berlin 1899.

v. Canstein, Lehrbuch des österreichischen Handelsrechts. Bd. 1. Berlin 1895.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 1 u. 2. 3. Aufl. Jena 1900.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts. 6. Aufl. Stuttgart 1903.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 2. Tübingen u. Leipzig 1902.

Dernburg, Pandekten. Bd. 2. 7. Aufl. Berlin 1903.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. Bd. 2. Abt. 2. Halle 1901.

Donelli, Hugonis, Opera omnia. Commentariorum de iure civili. Tom. III. Florenz 1841.

Eck, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1. Lieferung. Berlin 1898.

Endemann, Das deutsche Handelsrecht. 5. Aufl. Heidelberg 1876.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 8. Aufl. Berlin 1903.

Engelmann, Das bürgerliche Recht Deutschlands mit Einschluß des Handelsrechts. 2. Aufl. Berlin 1900.

Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht. Marburg 1900.

Förster, Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preußischen Privatrechts. Bd. 2. 3. Aufl. Berlin 1873.

Förster-Eccius, Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preußischen Privatrechts. Bd. 1. Abt. 2. Berlin 1881.

Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebt dem Einführungsgesetz. Leipzig 1897.

Gareis, Enzyklopädie und Methodologie der Rechtswissenschaft. Gießen 1887.

Gareis, Das deutsche Handelsrecht. 7. Aufl. Berlin 1903.

Gengler, Lehrbuch des deutschen Privatrechts. Teil 2. Erlangen 1854.

Gerber, System des deutschen Privatrechts. 15. Aufl. Jena 1886.

Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch, systematisch dargestellt. Bd. 1. 2. Aufl. Berlin 1903.

Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht. Bd. 2. Abt. 1. Bonn 1884.

v. Keller, Pandekten. Bd. 2. Leipzig 1867.

Landsberg, Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1. Hälfte. Berlin 1904.

v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 14. u. 15. Aufl. Berlin 1905.

Matthiaß, Lehrbuch des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 1. 1899.

Merkel, Diebstahl und Unterschlagung. Abhandlung 27. In v. Holtzendorffs Handbuch für das deutsche Strafrecht Bd. 3.

Müller-Meikel, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs. Bd. 1. München 1904.

Siméon, Recht und Rechtsgang im Deutschen Reiche. Lehrbuch zur Einführung in das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Nebengesetze. Bd. 1. 1. Hälfte. 4. Aufl. Berlin 1908.

Sintenis, Das praktische gemeine Zivilrecht. Bd. 2. Leipzig 1868.

Stobbe-Lehmann, Handbuch des deutschen Privatrechts. Bd. 3. Berlin 1899.

Thibaut, System des Pandektenrechts. Bd. 2. Jena 1814.

Thöl, Das Handelsrecht. Bd. 1. 6. Aufl. Leipzig 1879.

Wendt, Lehrbuch der Pandekten. Jena 1898.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. 2. 9. Aufl. Frankfurt a. M. 1906.

II. Kommentare.

Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch. Bd. 2. Mannheim 1901.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch. 6. Aufl. München 1904.

Glück, Ausführliche Erläuterungen der Pandekten. Bd. 17. Erlangen 1815.

Goldmann, Das Handelsgesetzbuch. Bd. 3. Buch 3. Berlin 1906.

Koch, Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten. Kommentar. Bd. 1. 7. Ausgabe. Berlin 1878.

Kuhlenbeck, Das Bürgerliche Gesetzbuch. Bd. 1. Berlin 1903.

Makower, Handelsgesetzbuch mit Kommentar. Bd. 1. Teil 2. Buch 3. 12. Aufl. Berlin 1904.

Neisner, Das Recht der Schuldverhältnisse. Kommentar zum 2. Buch des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Breslau 1898.

Oertmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Im Recht der Schuldverhältnisse. 2. Aufl. Berlin 1906.

Oppenhof, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 13. Ausgabe. Berlin 1896.

Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Bd. 2. 6. Aufl. Berlin 1901.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar. Bd. 2. 1. u. 2. Aufl. Berlin 1900.

Rüdorff, Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Kommentar. 2. Aufl. Berlin 1877.

Schwarze, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 3. Aufl. Leipzig 1873.

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 3. Aufl. Berlin 1907.

v. Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 2. 2. Aufl. München 1906.

v. Stubenrauch, Kommentar zum österreichischen allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch. 4. Aufl. Wien 1885.

III. Monographien.

Beehmann, Der Kauf nach gemeinem Recht. Bd. 2. Abt. 1. System des Kaufs nach gemeinem Recht. Erlangen 1884.

Bicheroux, Die rechtliche Bedeutung eines Theaterbilletts. Erlangen 1897.

Cicero, De haraspicum responso, herausgegeben von Müller. Bd. 2. Teil 2. Leipzig 1885.

Cordes, Begriff und Arten der Wertpapiere, mit besonderer Berücksichtigung des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Diss. Kiel. 1898.

Crome, Die partiarischen Rechtsgeschäfte nach römischem und heutigem Reichsrecht. Freiburg i. B. 1897.

Dahn, Handelsrechtliche Vorträge. Leipzig 1875.

Eger, Das deutsche Frachtrecht, mit besonderer Berücksichtigung des Eisenbahnfrachtrechts. Bd. 3. Berlin 1883.

Emerich, Kauf und Werklieferungsvertrag. Jena 1899.

Endemann, Die Behandlung der Arbeit im Privatrecht. Jena 1896.

Endemann, Das Recht der Eisenbahnen. Leipzig 1886.

Gierke, Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. Leipzig 1889.

Günther, Die bei Lösung eines Theaterbilletts entstehenden Rechtsverhältnisse. Jena 1905.

Hachenburg, Dienstvertrag und Werkvertrag im Bürgerlichen Gesetzbuch. Mannheim 1898.

Hartmann, Die Obligation. Untersuchung über ihren Zweck und Bau. Erlangen 1875.

Henle, Grenzbestimmungen zwischen Kauf- und Werkvertrag. Trier 1902.

Holzschuher, Theorie und Kasuistik des gemeinen Zivilrechts, neu besorgt von Kuntze. Bd. 2. Leipzig 1864.

Jacobi, Die Wertpapiere im bürgerlichen Recht des Deutschen Reichs. Jena 1901.

Jakubezky, Bemerkungen zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. München 1892.

de Jonge, Die Übertragbarkeit der Retourbillette. 2. Aufl. Freiburg i. B. 1888.

Koch, Wilh., Deutschlands Eisenbahnen. Teil 2. Marburg 1853.

Kuntze, Die Lehre von den Inhaberpapieren. Leipzig 1857.

Lange, Die Übertragbarkeit des Theaterbilletts. Mit Berücksichtigung des Eisenbahnbilletts. Breslauer Diss. Borna-Leipzig 1907.

Lehmann, Zur Theorie der Wertpapiere. In den Festgaben der juristischen Fakultät zu Marburg S. 285 f. 1890.

Liebe, Die Stipulation und das einfache Versprechen. Braunschweig 1840.

Lotmar, Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reichs. Bd. 1. Leipzig 1902.

Marwitz, Der Bühnenengagementsvertrag. Berlin 1902.

Mitteis, Die Individualisierung der Obligation. Wien 1886.

Mugdan, Die rechtliche Natur des Theaterbesuchsvertrags, mit Berücksichtigung des Kontrahierungszwanges der Theaterunternehmungen. Diss. Königshütte. 1909.

Opet, Deutsches Theaterrecht unter Berücksichtigung der fremden Rechte. Berlin 1897.

Pappenheim, Begriff und Arten der Papiere auf die Inhaber im Sinne des Art. 307 des deutschen Handelsgesetzbuchs. Diss. Berlin. 1881.

Plutarch, Vitae parallelae, herausgegeben von C. Sintenis. Bd. 3. Leipzig 1843.

v. Poschinger, Die Lehre von der Befugnis zur Ausstellung von Inhaberpapieren. München 1870.

Riezler, Der Werkvertrag nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Jena 1900.

Rümelin, Dienstvertrag und Werkvertrag. Tübingen 1905.

Rümelin, Die Teilung der Rechte. Freiburg u. Tübingen 1883.

v. Savigny, Das Obligationenrecht. Bd. 1. Berlin 1851.

Schmidt, Der Begriff des Wertpapiers nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Freiburg i. B. 1901.

Schneeli, Die rechtliche Natur des Eisenbahnfahrscheins. Zürich 1890.

Seidenschnur, Das Kontrahieren des Publikums mit den Theaterunternehmungen. Diss. Rostock. 1899.

Sigel, Der gewerbliche Arbeitsvertrag nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Stuttgart 1903.

Sommer, Der Kauf des Theaterbilletts. Diss. Göttingen. 1896.

Suetonii Tranquilli, Opera, herausgegeben von Ihm, Bd. 1 de vita Caesarum libri VIII lib. IV Caligula. Leipzig 1907.

Steuer, Die rechtliche Natur des Theaterbilletts nach gemeinem und nach dem Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1902.

Tacitus, Annalen, herausgegeben von Nipperdey. Bd. 1. Berlin 1874.

Ubbelohde, Die Lehre von den unteilbaren Obligationen. Hannover 1862.

Unger, Die rechtliche Natur der Inhaberpapiere. Leipzig 1857.

Weyl, Vorträge über das Bürgerliche Gesetzbuch. Bd. 1. München 1898.

Zschimmer, Die Offerte an das Publikum. Diss. Rostock. 1897.

Zwitzers, Der blinde Passagier. Diss. Göttingen. 1896.

IV. Entscheidungen, Zeitschriften, Materialien usw.

Altsmann, Die Weiterveräußerung von Eisenbahnretourbilletts. In Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 30 Nr. 4 S. 110 f. Berlin 1886.

v. Bar, Zweifelhafte Betrugsfälle, insbesondere untersagte Benutzung von Eisenbahnretourbilletts. Im Gerichtssaal, Zeitschrift für Strafrecht, Strafprozeß usw., herausgegeben von Holtzendorff, Bd. 40 S. 431 f. Stuttgart 1888.

Bekker, Die Geldpapiere. In Bekker und Muthers Jahrbüchern des gemeinen deutschen Rechts Bd. 1 S. 266 f. Leipzig 1857.

Bernhöft, Kauf, Miete und verwandte Verträge. Bei Bekker und Fischer, Beiträge zur Erläuterung und Beurteilung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs Heft 12. Berlin 1889.

Biermann, Rechtszwang zum Kontrahieren. In Jherings Jahrbüchern für Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts Bd. 32 S. 267 f.

Carlin, Zur rechtlichen Natur der Wertpapiere. In der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 36 S. 6 f. Stuttgart 1889.

Corpus iuris civilis, herausgegeben von Krüger und Mommsen. Bd. 1. Berlin 1905.

Dankwardt, Die locatio conductio operis. In Jherings Jahrbüchern Bd. 13. Jena 1874.

Dunker, Über Papiere auf den Inhaber. In der Zeitschrift für deutsches Recht, herausgegeben von Reycher und Wilda, Bd. 5. Leipzig 1841.

Eger, Eisenbahnrechtliche Entscheidungen deutscher und österreichischer Gerichte. Berlin.

Ehrenberg, Kauf und Werkvertrag. In Jherings Jahrbüchern Bd. 27 S. 253 f. Jena 1889.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.

Friedländer, Die Spiele. Bei Marquardt und Mommsen, Handbuch der römischen Altertümer Bd. 6, Marquardt, Römische Staatsverwaltung Bd. 3. Leipzig 1878.

Gareis, Über Legitimationszeichen, insbesondere Coupons und Talons von Aktien und Obligationen, bei Busch, Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handels- und Wechselrechts Bd. 34 S. 97 f. Berlin 1876.

Gerhard, Archäologischer Anzeiger zur archäologischen Zeitung Jahrg. 15 Nr. 100, April 1857.

Gruchot, Zur Lehre vom Werkverdingungsvertrag. In seinen Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 13 Nr. 1 S. 1 f. Berlin 1869.

Jhering, Rechtsschutz gegen injuriöse Rechtsverletzungen. In seinen Jahrbüchern für Dogmatik Bd. 23 S. 155 f. IX: Die Obligation S. 326 f.

Jolly, Die neuere Literatur des Wechselrechts. In Pözls Kritischer Vierteljahrsschrift und Rechtswissenschaft Bd. 2, München 1860.

Kitzinger, Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit im Strafrecht. Im Gerichtssaal Bd. 55 S. 1 f. Stuttgart 1898.

Koch, R., Über die Bedingungen des Zutritts in öffentliche Lokale. Bei Löhr, Zentralorgan für das deutsche Handels- und Wechselrecht Bd. 3 S. 40 f. Elberfeld 1867.

Kohler, Der Gläubigerverzug. In seinem Archiv für bürgerliches Recht Bd. 13 S. 149 f. Berlin 1897.

Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 2. Berlin 1899.

Pauly, Realenzyklopädie der klassischen Altertumswissenschaften. Stuttgart 1846.

Platner, Beitrag zu der Lehre von den Inhaberpapieren. Im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 42 S. 189 f. Heidelberg 1859.

Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand.

Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen.

Regelsberger, Vertrag mit zusammengesetztem Inhalt. In Jherings Jahrbüchern für Dogmatik Bd. 48, 2. Folge Bd. 12.

Renaud, Zur Theorie der Obligationen auf den Inhaber. In der Kritischen Überschau der deutschen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft Bd. 5 S. 397 f. München 1857.

RG. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

ROHG. = Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.

Seuffert, Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten. München.

Vermögensbeschädigung bei Betrug. Vorträge an die vereinigten Strafsenate des Reichsgerichts. Im Gerichtssaal Bd. 43 S. 321 f.

Westrum, Die Übertragbarkeit des Retourbilletts. In der Juristischen Wochenschrift Jahrg. 15 S. 259 f. 1886.

Weiske, Rechtslexikon. Bd. 7. Leipzig 1847.

Wolff, Vindikation, Amortisation und Außerkurssetzung von Papieren, au porteur, sowie überhaupt von negotiablen Handelspapieren mit besonderer Berücksichtigung der Art. 305—308 des allgem. deutschen Handelsgesetzbuchs. Bei Goldschmidt, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 7 S. 41 f. Erlangen 1864.

§ 1.

Durch die Lösung eines Theaterbilletts werden zwischen dem Theaterunternehmer und dem Publikum, welches das Theater besuchen will, bestimmte Beziehungen geschaffen. Die rechtliche Regelung dieser Beziehungen vollzieht sich nach den Vorschriften über das sogen. Theaterrecht. Zwar hat dieses eine Regelung durch die moderne Gesetzgebung nicht erfahren, dennoch schafft es so viele verschiedenartige Verhältnisse, die der rechtlichen Beurteilung bedürfen, daß die einzelnen rechtlichen Gesichtspunkte, mögen sie auch den verschiedensten bestehenden Rechtsinstituten entnommen sein, gewissermaßen ein eigenes Rechtssystem bilden. Aus diesem Grunde kann man von einem Theaterrecht sprechen.[1])

Man wird unter Theaterrecht den Inbegriff aller Rechtsnormen verstehen können, durch welche die im Theaterverkehr entstehenden Rechtsverhältnisse ihre rechtliche Gestaltung und Regelung erhalten.[2])

Da nun das Theaterrecht, abgesehen von einigen gewerbe- und sicherheitspolizeilichen Vorschriften, die öffentlichrechtlicher Natur sind (z. B. GewO. §§ 32, 33 a, 55, 4), in unserer Gesetzgebung eine spezielle rechtliche Normierung nicht erfahren hat, so finden, insoweit Privatinteressen in Frage

---

[1]) vgl. dazu Gareis, Enzyklopädie und Methodologie der Rechtswissenschaft S. 163 f.

[2]) vgl. Opet, Deutsches Theaterrecht § 1 S. 1.

kommen, auf das Verhältnis zwischen Theaterunternehmer und Publikum die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs Anwendung, es sei denn, daß sich innerhalb des Theaterverkehrs durch Gewohnheitsrecht selbständige Normen entwickelt haben. Auch diese werden dann Anspruch auf Geltung haben, da durch das Bürgerliche Gesetzbuch die Entstehung und Rechtskraft des Gewohnheitsrechts keineswegs ausgeschaltet ist, sei es, daß es sich um ergänzendes oder sogar abänderndes Gewohnheitsrecht handelt.[3])

Aus diesem Gesichtspunkte heraus soll zunächst die Frage untersucht werden, wie die Lösung eines Theaterbilletts rechtlich aufzufassen sei. Es wird daher geprüft werden, ob die innerhalb des Theaterverkehrs entstandenen selbständigen Normen, die wir kurzweg mit Theatergewohnheitsrecht bezeichnen wollen, irgend einen Einfluß auf die Gestaltung der Lösung des Billetts ausüben, und wenn dies nicht der Fall ist, wird in die Erörterung der Frage eingetreten werden müssen, unter welchen allgemeinen rechtlichen Gesichtspunkten die Lösung des Theaterbilletts zu betrachten sei.

---

[3]) vgl. hierzu Engelmann, Das bürgerl. Recht Deutschlands § 5 S. 24 a. E.

Erstes Kapitel.

§ 2.

Durch die Lösung des Theaterbilletts werden, wie bereits angeführt, wechselseitige Rechtswirkungen zwischen dem Theaterunternehmer und dem Besucher erzeugt, es wird ein Vertrag geschlossen, der sogen. Theaterbesuchsvertrag. Dieser kennzeichnet sich als ein Vertrag, bei dem der eine Kontrahent, der Theaterbesucher, eine Vergütung zahlt, der andere Vertragsteil, der Theaterunternehmer, dafür die Veranstaltung einer Aufführung und die Überlassung eines Platzes verspricht.

Über die rechtliche Natur des Theaterbesuchsvertrages herrschte früher lebhafter Streit, und auch nach der Emanation des Bürgerlichen Gesetzbuchs begegnen wir verschiedenen Auffassungen. Es dürfte daher wohl angezeigt sein, den Theaterbesuchsvertrag, der heutzutage in den weitaus meisten Fällen in der Lösung eines Theaterbilletts seinen sinnfälligen Ausdruck findet, und vor allem seine juristische Natur in der geschichtlichen Entwicklung zu betrachten.

Im alten Rom wurden Spiele von den Priestern, Konsuln, Ädilen und Prätoren, später auch von dem Kaiser gegeben, sei es, um freudige Ereignisse, wie z. B. einen Sieg, zu feiern, oder um das Volk für sich zu gewinnen.[1])

---

[1]) vgl. hierzu Friedländer, Die Spiele, bei Marquard u. Mommsen, Handb. der röm. Altertümer Bd. 6; Marquardt, Röm. Staatsverw. Bd. 3 S. 462 f.

Mit diesen Spielgebern, die als Theaterunternehmer erscheinen, schloß aber das Publikum keineswegs Theaterbesuchsverträge ab, der Eintritt zu den Vorstellungen stand vielmehr jedermann frei, und nur Sklaven und wohl auch Fremde scheinen anfänglich von dem Theaterbesuch ausgeschlossen gewesen zu sein.[2])

Während aber die Menge im allgemeinen stehen bleiben mußte, durften sich die Mitglieder des Magistrats zu ihrer Bequemlichkeit Sitze mitnehmen. Aus diesem Recht des Magistrats hat sich allmählich die Reservierung besonderer Plätze entwickelt, die dem Magistrat und auch anderen angesehenen Kollegien zustanden. Diese konnten ihre Plätze nicht nur anderen abtreten, sie durften dieselben sogar vermieten.[3])

In der Kaiserzeit wurde in der Regel mindestens ein Teil der Plätze nur gegen Bezahlung abgegeben. Die Inhaber bezahlter Plätze gewannen dadurch den Vorteil, dem Gedränge der großen Menge zu entgehen, die schon um Mitternacht die Freiplätze stürmte.[4])

Mommsen vermutet, daß bei allen derartigen Aufführungen die Plätze alle in drei verschiedene Klassen zerfielen:

---

[2]) cf. Cicero, de harusp. resp. 1226: illi cum ludos facerent, servos de cavea exire iubebant; vgl. Friedländer a. a. O. S. 471.

[3]) cf. Plutarch, C. Grach 12,15: *ἐμελλεν ὁ δῆμος θεᾶσθαι μονομάχους ἐν ἀγορᾷ, καὶ τῶν ἀρχόντων οἱ πλεῖστοι θεωρητήραι κύκλῳ κατασκευάσαντες ἐξεμίσθουν. Ταῦτα ὁ Γαῖος ἐκέλευεν αὐτοὺς καθαιρεῖν, ὅπως οἱ πενητες ἐκ τῶν τόπων ἐκείνων ἀμισθι θεάσαθαι δύνωνται.*

[4]) cf. Sueton, Calig. Cap. 26 inquietatur fremitu gratuita in circo loca de media nocte occupantium.

1. in solche, die der Edent reservierte, um sie nach gesetzlicher Vorschrift oder eigener Liberalität Vornehmen und Fremden zu überlassen;
2. in solche, die er reservierte, um sie zu vermieten;
3. in solche, die jeder Bürger unentgeltlich einnehmen durfte.[5])

Dennoch wird man dieses Vermieten bezw. Mieten der Plätze nicht als Theaterbesuchsverträge ansehen dürfen, die zwischen dem Theaterunternehmer und dem Publikum abgeschlossen wurden. Denn man muß daran festhalten, daß der Besuch der Vorstellung unentgeltlich blieb und davon unabhängig für den bequemeren Genuß, nämlich das Sitzen, eine Vergütung bezahlt wurde. Zum anderen darf bei den von den Mitgliedern des Magistrats und anderer angesehener Kollegien vermieteten Plätzen der Umstand nicht übersehen werden, daß hier die Vermieter ja keineswegs Veranstalter der Spiele waren, daß also ein Vertrag zwischen Theaterunternehmer und dem Publikum nicht abgeschlossen wurde. Man wird daher für die Festspiele des alten Rom von Theaterbesuchsverträgen nicht reden können. Auch die Tatsache, daß damals bereits Theaterbilletts existierten, die tesserae theatrales, ändert daran nichts. Denn diese tesserae wurden, da das Spiel ein Geschenk der Veranstalter war, an die Bürger unentgeltlich verteilt und dienten lediglich zur Aufrechterhaltung der Ordnung.[6])

---

[5]) vgl. Mommsen in Gerhards Archäol. Anz. zur Archäol. Z. 15. Jahrg., April 1857, Nr. 100 S. 61—62.

[6]) vgl. hierzu Dunker in der Zeitschr. für deutsches Recht Bd. 5 § 1 S. 30; vgl. auch Kuntze, Die Lehre von den Inhaberpapieren S. 41 f.

Ein Umschwung in den bestehenden Verhältnissen trat in der Kaiserzeit insofern ein, als jetzt außerordentliche Spiele auf Spekulationen, also zum Zwecke des Gelderwerbens auftauchten. Hier war der Besuch der Aufführung nicht mehr unentgeltlich, sondern an die Entrichtung eines bestimmten Eintrittspreises geknüpft. So berichtet uns Tacitus in seinen Annalen Buch IV, 62, daß ein gewisser Atilius ein Gladiatorenspiel veranstaltete:

„non abundantia pecuniae, nec municipali ambitione, sed in sordidam mercedem".

Jetzt wird man nun von einem wirklichen Theaterbesuchsvertrag reden können. Der Besuch der Spiele ist kein unentgeltlicher mehr, die Gebrauchsüberlassung des Platzes ist zu einer notwendigen Voraussetzung des Besuches des Theaters geworden. Zwischen dem Unternehmer und dem Theaterbesucher kommt nun ein Vertrag zustande, indem der Besucher eine Vergütung zahlt und der Unternehmer dadurch verpflichtet wird, die Aufführung eines Stückes zu veranlassen. Es erhebt sich nun die Frage, wie dieser Vertrag rechtlich zu beurteilen sei, ob man ihn vor allem in einen der Verträge des römischen Kontraktsystems einreihen kann. Untersucht man den Theaterbesuchsvertrag auf seine Essentialien, so wird man zu der Ansicht gelangen, ihn als eine l. c. operis zu betrachten. Wesentliche Erfordernisse für das Zustandekommen einer l. c. operis sind nach römischem Recht einmal eine merces, d. i. die Bezahlung auf der einen, die Herbeiführung eines Erfolges auf der anderen Seite.[7])

Während nun bezüglich des ersten Kriteriums, der merces, keinerlei Unklarheit herrscht, wird das zweite Erfordernis

[7]) vgl. Dankwardt, Die l. c. operis, in Jherings Jahrb. für Dogm. Bd. 8 S. 320 f.

verschieden aufgefaßt, nämlich einmal als Herstellung eines Erfolges, zum anderen aber auch als Leistung von Arbeiten, von Dienstleistungen. Auch die Quellen sprechen bald von Leistungen, bald von der Herbeiführung eines Erfolges. So wird z. B. als Gegenstand des Vertrages die Herstellung eines Gemäldes (l. 5 § 2 Dig. 19, 5), die Anfertigung von Schmuckgegenständen (l. 2 § 1, l. 13 § 5 Dig. 19, 2), also zweifellos ein Erfolg, andererseits aber auch das Weiden von Kälbern (l. 9 § 5 Dig. 19, 2) und das Füttern der Gänse auf dem Kapitol, Tätigkeiten, die jedenfalls Leistungen von Einzeldiensten darstellen, genannt.[8])

Windscheid hat deshalb auch den Werkvertrag als einen besonderen Fall der Dienstmiete bezeichnet.[9])

Auch in Weiskes Rechtslexikon findet sich keine Scheidung zwischen l. c. operis und l. c. operarum.[10])

Auch Donellus kennt nur die Zweiteilung in rerum locatio und factorum locatio (locatio alia rerum, alia factorum). Distinguendi causa et ratio, welche den Dienstvertrag und den Werkvertrag in sich begreift. Letzterer ist nach Donellus nur eine altera species ex eodem genere, cum opus aliquod faciendum locatum sit.[11])

Doch erscheint die l. c. operis als ein Institut, auf das zahlreiche ihm eigentümliche Rechtsgrundsätze Geltung finden, so daß man berechtigt ist, die l. c. operis nicht mit der l. c.

---

[8]) vgl. dazu Riezler, Der Werkvertrag § 5 S. 18.

[9]) vgl. Windscheid § 401 S. 744, 751.

[10]) Weiske, Rechtslexikon Bd. 7 S. 807; so auch anscheinend Thibaut, System des Pandektenrechts § 859 S. 271.

[11]) cf. Hugonis Donelli, opera omnia, commentariorum de iure civili tom. III. lib. 13 cap. 6, 9, 14.

operarum zu vermengen, sondern sie als ein besonderes Rechtsinstitut zu betrachten, wie dies auch in den weitaus meisten Schriften des Pandektenrechts geschieht.[12])

Auch Labeo spricht sich dahin aus, daß Gegenstand der Verpflichtung des Unternehmers die Herstellung eines opus sei, und zwar eines „opus, quod graeci *ἀποτέλεσμα* vocant, non *ἔργον* id est ex opere facto corpus aliquid perfectum l. 5 § 1 Dig. de V. S. 50, 16. Man kann deshalb wohl sagen, daß die l. c. operis ein Vertrag ist, der neben Zahlung auf einen „von dem Verpflichteten durch Einsetzen seiner Arbeitskraft zu bewirkenden Erfolg gerichtet ist".[13])

Dieser Arbeitserfolg brauchte aber bereits im römischen Recht nicht mehr durchaus einen materiellen Charakter an sich zu tragen, er konnte auch immaterieller Natur, ein Erfolg rein idealer Art sein. So fiel z. B. die Ausbildung eines Lehrbuben unter den Begriff der l. c. operis.[14])

Der beim Theaterbesuchsvertrage durch Einsetzen der Arbeitskraft des Unternehmers zu bewirkende Erfolg besteht in der Aufführung des Stückes, das Einsetzen der Arbeitskraft ist in dem Vorbereiten, dem Engagieren der Schauspieler, den Proben usw. zu erblicken. Daß der Theaterunternehmer den herbeizuführenden Erfolg, das opus, nicht in

---

[12]) vgl. Arndts, Lehrb. der Pand. §§ 314, 315 S. 594 f.; Sintenis, Das praktische gemeine Zivilrecht Bd. 2 § 118 S. 679; v. Keller, Pand. § 340 S. 89; Wendt, Lehrb. der Pand. §§ 260, 261 S. 627, 629; vgl. auch Glück, Ausführliche Erläuterungen der Pand. Bd. 17 S. 267; Gruchot, Zur Lehre vom Werkverdingungsvertrage, in seinen Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 13 Nr. 1 S. 1 f.; vgl. auch Baron, Pand. §§ 296, 297 S. 488 f.; Dankwardt a. a. O. § 2 S. 303.

[13]) vgl. Riezler a. a. O. § 5 S. 15.

[14]) l. 13 § 1 Dig. 19, 5.

persona leistet, ändert nichts an der juristischen Natur des Theaterbesuchsvertrages als einer l. c. operis. Denn nur dann wird die persönliche Ausführung des Werkes beim Werkvertrag wesentlich sein, wenn Parteivereinbarung oder die Natur der zu leistenden Arbeit, wie z. B. das Malen eines Gemäldes von einem anerkannten Künstler, die eigene Tätigkeit des Unternehmers erheischen.[15])

Mag man also den Theaterbesuchsvertrag auch als Entreprise auffassen, d. h. als einen Vertrag, bei dem derjenige, welcher gegen Entgelt ein Werk zu liefern verspricht, das er dann seinerseits wieder in Verdingung geben will, so fällt trotzdem nach römischem Recht der Theaterbesuchsvertrag unter den Begriff der l. c. operis, da ja, wie erwähnt, der Unternehmer, von Sonderfällen abgesehen, das Werk nicht selber herzustellen braucht. Dankwardt will zwar einen solchen Fall nach Analogie des Lieferungskaufes betrachtet wissen.[16]) Doch dürfte diese Ansicht nicht zu billigen sein. Denn Gegenstand des Theaterbesuchsvertrages bleibt immer die durch den Theaterunternehmer zu bewirkende Arbeit, der durch seine Tätigkeit erreichte Erfolg. In erster Linie rechnet also der Gegenkontrahent auf seine Tätigkeit, und selbst wenn er das Werk auch nicht selbständig ausführt, sondern die Ausführung anderen überläßt, so ist er doch derjenige, welcher die Tätigkeit dieser anderen Personen, die den Er-

---

[15]) vgl. Dernburg, Pand. Bd. 2 § 113 S. 314; vgl. auch l. 31 Dig. 46, 3, wonach der conductor die Herstellung nicht durch andere vornehmen lassen dürfte, wenn stipuliert worden war, „ut suis operis id perficiat, weil inter artifices longa differentia est et ingenii et naturae et doctrinae et institutionis.

[16]) vgl. Dankwardt a. a. O. § 4 S. 305, 306, insbes. Anm. 2.

folg des Werkes herbeiführen, veranlaßt, diese Personen in Bewegung setzt und leitet.[17])

Gegen die Ansicht Dankwardts spricht vor allem auch l. 48 Dig. 19, 2: Si cui locaverim faciendum, quod ego conduxerim, constabit habere me ex locato actionem.

Trägt sonach die Tätigkeit des Theaterunternehmers, die in der Bewirkung eines durch seine Tätigkeit erreichten Erfolges, nämlich der Aufführung der Vorstellung gipfelt, den Charakter eines Essentiale der l. c. operis an sich, so wird sich noch fragen, wie die Überlassung des dem Theaterbesucher garantierten Platzes aufzufassen sei. Denn die Leistung des Theaterunternehmers erschöpft sich nicht lediglich in der Aufführung des opus, sondern sie besteht außerdem auch in der Überlassung des Platzes. Auf den ersten Blick würde man deshalb annehmen können, daß neben der l. c. operis noch eine l. c. rei vorliege. Denn zweifellos handelt es sich bei diesen Theaterbesuchsverträgen um zwei verschiedene Leistungen, die der Theaterunternehmer durch ein und dieselbe Verabredung übernommen hat: die Aufführung des betreffenden Stückes und die Überlassung eines bestimmten Platzes. Es muß daher geprüft werden, ob hier mehrere selbständige Verträge, oder ob nur ein Rechtsgeschäft, aber mit zusammengesetztem Inhalt vorhanden ist. M. a. W. schließt der Theaterbesucher mit dem Theaterunternehmer einen Werkvertrag und einen Mietvertrag ab, oder gehen die Parteien nur einen Vertrag ein, der aber für den Unternehmer sowohl die Verpflichtung zum Leisten des versprochenen Werkes, als auch die Gewährung eines Platzes im Theater in sich

---

[17]) vgl. dazu Dernburg, Pand. Bd. 2 § 113 S. 314; Windscheid-Kipp Anm. 3a S. 745 f.

begreift? Nach römischem Recht wird man zur Beantwortung dieser Frage die Unterscheidung machen müssen, ob es sich um einen durch Stipulation geschaffenen, oder um einen formfreien Vertrag handelt.[18])

Wenn mehrere Obligationen in einer Leistung zusammentreffen, so nehmen die Juristen an, daß so viele Obligationen entstanden seien, als Leistungen versprochen waren, trotz Einheit von Frage und Antwort.[19])

Allerdings ist dabei die Voraussetzung die, daß die Leistungen in der Stipulation besonders erwähnt werden. Bei den formfreien Verträgen dagegen zogen die römischen Juristen im Falle eines zusammengesetzten Unternehmens beide Leistungen zu einem Vertrage zusammen.[20])

In dem fast sprichwörtlichen Satze quot res, quot summae tot stipulationes[21]) haben die Ausdrücke summae und res nicht die Bedeutung von Sachen, sondern bezeichnen das Versprechen ihrer Leistung. Diese einheitliche Zusammenfassung zu einem Vertrage scheint durch die Erwägung veranlaßt worden zu sein, „daß beide Verträge, wenn auch verschiedener Art, doch nach dem Willen der Parteien ein unverbrüchliches Ganze bilden“[22]) und „daß der von den Parteien mit dem Gesamtabkommen bezielte Erfolg durch die Stellung unter einen einheitlichen Gesichtspunkt mindestens in höherem

---

[18]) vgl. Regelsberger in Jherings Jahrb. Bd. 48 2. Folge Bd. 12 S. 459.

[19]) vgl. Ulpian l. 29 pr. 1, 75 § 9 de verb. obl. 45, 1; Paulus l. 140 pr. § 1 eodem, Paulus l. 133 § 3 eodem.

[20]) vgl. Liebe, Die Stipulation § 14 S. 149.

[21]) l. 29 pr., 1, 75 § 9, l. 86 de verb. obl. 45, 1.

[22]) Kohler im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 13 S. 277.

Maße gesichert werde, als durch die Zerlegung der einzelnen Stücke in verschiedene Rechtsgebilde".[23])

Doch dürfte der Grund für die Lösung dieser Frage bis jetzt noch nicht ganz aufgeklärt sein.[24])

Bei dem formlosen Theaterbesuchsvertrag kann man also zunächst trotz zweier, den Inhalt verschiedener Vertragsarten bildender Leistungen doch ein einheitliches Rechtsgeschäft annehmen, steht aber nun vor der Frage, ob, wenn so verschiedenartige Leistungen wie bei der l. c. operis und der l. c. rei den Inhalt eines Vertrages bilden, deshalb ein „eigenartiges besonderes Vertragsgebilde angenommen werden muß, oder ob eine dieser Leistungen für die Bestimmung des Charakters des Vertrages von maßgebendem Einfluß ist, d. h. ob ein vorwiegender Vertrag vorliegt, denn die species dieses Vertrages erscheint als die maßgebende.[25])

Man wird dieses letztere annehmen müssen, da diese Auffassung auch mit der Ansicht der römischen Juristen sich im Einklang befindet. Maßgebend hierfür ist die Stelle des Pomponius in seinem 20. Buche ad sabinum l. 9 de a. e. v. 19, 1:

> Si is, qui lapides ex fundo emerit, tollere eos nolit ex vendito agi cum eo potest, ut eos tollat.

Dieser Vertrag ist nun sowohl als Kauf auf Abbruch,[26]) als auch als ein doppelter Vertrag, nämlich als Kauf- und Werkvertrag angesehen worden.[27])

---

[23]) vgl. Regelsberger a. a. O. S. 460.

[24]) vgl. Mitteis, Die Individualisierung der Obligation S. 28f.; Hartmann, Die Obligation S. 149f.; Liebe a. a. O. S. 159f.

[25]) vgl. Kohler a. a. O. S. 277; Regelsberger a. a. O. S. 454.

[26]) So Endemann, Lehrb. d. bürgerl. R. Bd. 1 § 159 Anm. 22 S. 938.

[27]) vgl. Kohler a. a. O. S. 277.

Betrachtet man ihn als Kauf auf Abbruch, so ist in diesem Vertrage eine zweite, dem Verkäufer sehr wichtige Verpflichtung des Käufers enthalten, die Steine aus dem Grundstück zu entfernen, es also von den Steinen frei zu machen, im zweiten Falle liegt neben dem Kauf noch ein wirklicher Werkvertrag vor. Der Jurist trifft seine Entscheidung dahin, daß dem Verkäufer, im Falle sich der Käufer weigert, die Steine aus dem Grundstück zu entfernen, die actio ex vendito zustehen soll. Der Kauf wird also hier als das prävalierende Moment angesehen, neben dem die andere Verpflichtung, sei es nun, daß sich dieselbe nur auf eine besondere Abrede gründet oder ein selbständiges Rechtsgebilde darstellt, in den Hintergrund tritt. Lediglich der Kauf ist für die Behandlung des ganzen Vertragsverhältnisses maßgebend. Eine ähnliche Entscheidung findet sich in l. 6 § 1 eodem:

si tibi vendidi insulam certa pecunia et ut aliam insulam meam reficeres, agam ex vendito ut reficias.

Hier wird beim Kauf eines Hauses dem Käufer außer der Zahlung einer bestimmten Geldsumme noch die Verpflichtung zur Ausbesserrng eines anderen Mietshauses auferlegt. Nach der Entscheidung des Juristen kann hier gleichfalls auf Ausbesserung des Hauses mit der actio ex vendito geklagt werden. Auch hier ist also eine Leistung für den juristischen Charakter des ganzen Vertrages ausschlaggebend. Bei dem Theaterbesuchsvertrage ist nun für die Vertragsnatur entschieden die Verpflichtung, das versprochene Werk herzustellen, also die l. c. operis das ausschlaggebende Moment, da die zweite Verpflichtung, die darin besteht, dem Besucher einen Platz im Theater zu gewähren, ersichtlich im Dienste der ersteren stehen soll.[28])

[28]) vgl. Regelsberger a. a. O. S. 463.

Die Gewährung eines Platzes erscheint als die selbstverständliche Voraussetzung für die Erfüllung der Hauptverbindlichkeit, der Aufführung des Stückes.

Trotz der Doppelseitigkeit der Verpflichtung, welche dem Theaterunternehmer aus dem Theaterbesuchsvertrage erwächst, wird man nach dem Gesagten den Theaterbesuchsvertrag als eine l. c. operis betrachten müssen.

Bei der Einreihung des Theaterbesuchsvertrags in das römische Kontraktsystem könnte man endlich auch daran denken, ihn als Innominatkontrakt nach der Formel do, ut facias zu bezeichnen. Unter dare wäre dann das Hingeben des vereinbarten Entgeltes, unter facere das Veranstalten der versprochenen Aufführungen zu verstehen. Doch dürfte diese Auffassung nicht zutreffend sein. Denn es kann nicht verkannt werden, daß die Einreihung in diesen Sammelbegriff doch nur einen Notbehelf darstellt, der dann angezeigt wäre, wenn sich der Theaterbesuchsvertrag unter keine der vorhandenen besonderen Vertragsformen unterbringen ließe. Da er aber durch den Begriff der l. c. operis vollständig gedeckt ist, erscheint diese Ausflucht nicht geboten.[29])

b) Während in den Kodifikationen des 18. Jahrhunderts des Werkvertrages wenig oder gar keine Erwähnung getan wird,[29a]) finden wir im allgem. Landrecht den Werkvertrag ausführlich geregelt. Fraglich ist aber, ob man den Theaterbesuchsvertrag als einen Werkvertrag im Sinne der Bestimmung des allgem. Landrechts wird ansehen können, oder ob er einem anderen Rechtsinstitute eingereiht werden muß. Der § 925 I, 11 ALR. bestimmt:

---

[29]) vgl. dazu auch Opet a. a. O. § 26 S. 220.

[29a]) vgl. dazu Riezler a. a. O. § 6 S. 21.

Ist ein Werkmeister oder Künstler nicht bloß zu einer Arbeit gedungen, sondern ihm ein ganzes Werk in Bausch und Bogen angedungen worden, so finden zuvörderst die allgemeinen Grundsätze der §§ 869 Squ. Anwendung.

Auf Grund dieses Paragraphen in Verbindung mit den Einzelbestimmungen der §§ 926—965 nahmen Theorie und Praxis an, daß das Ergebnis der Arbeit in der Herstellung einer körperlichen Sache sich betätige. Die herrschende Meinung beschränkte demnach beim Werkvertrag das Arbeitsresultat auf ein materielles opus und schloß die Anwendbarkeit der genannten Paragraphen auf die Herstellung immaterieller opera aus.[30])

Diese Auffassung blieb jedoch nicht unbestritten und wurde vom Reichsoberhandelsgericht verworfen, das den § 925 dahin interpretierte, daß unter einem angedungenen Werk im Sinne des genannten Paragraphen auch die Herbeiführung eines Erfolges zu verstehen sei, der nicht in der Herstellung eines körperlichen Gegenstandes bestehe, und daß deshalb auch der Frachtvertrag nach allgem. Landrecht in die Kategorie der Werkverträge eingeordnet werden könne.[31])

Schließt man sich dieser weitgehenden Auslegung des § 925 an, so wird man den Theaterbesuchsvertrag nach allgem. Landrecht als Werkvertrag bezeichnen können. Es finden sich jedoch auch andere Auffassungen vertreten. Insbesondere scheint man im Geltungsgebiete des allgem. Landrechts den

---

[30]) vgl. Koch, ALR. für die preuß. Staaten Bd. 1 Anm. 39 (7a) zu § 925 S. 832; Förster, Theorie und Praxis des heutigen gemeinen PrivR. Bd. 2 § 138 S. 269f.

[31]) vgl. Entsch. d. ROHG. Bd. 23 Nr. 108 S. 320f., Bd. 4 Nr. 35 S. 117; RG. Bd. 15 Nr. 17 S. 76.

Theaterbesuchsvertrag auch als l. c. rei aufgefaßt zu haben, wenigstens findet sich diese Auffassung in einem Urteil des Amtsgerichts I Berlin v. 14. 3. 1896 (C. 246, 96).[32])

c) Bevor der Frage, wie die Lösung eines Theaterbilletts nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs aufzufassen sei, nähergetreten ist, müssen wir prüfen, wann dieser Vertrag, der Theaterbesuchsvertrag, als abgeschlossen gilt. Darüber herrscht Streit. So sehen R. Koch und Biermann bereits in dem Verlangen eines Billetts den Vertrag als geschlossen an, indem sie in der Ankündigung der Theateraufführung eine Offerte erblicken, deren Akzeptation sich in dem Verlangen auf Aushändigung des Billetts kund tut.[33])

Eine andere Auffassung geht dahin, daß der Vertrag erst durch die Aushändigung des Billetts abgeschlossen sei.[34])

Bei der Frage, welche von diesen Ansichten als die richtige bezeichnet werden muß, möchte ich mich der letzteren Ansicht anschließen. Denn gerade in der Aushändigung des Billetts, die in der Regel Zug um Zug mit der Zahlung des Preises erfolgt, liegt ein Beweis für die Akzeptation der Offerte seitens des Theaterunternehmers.[35]) Der Abschluß des Vertrages fällt also mit dem Erwerb des Billetts zusammen.[36])

---

[32]) vgl. Opet a. a. O. § 26 Anm. 2 S. 219.

[33]) vgl. R. Koch, Über die Bedingungen des Zutritts in öffentliche Lokale, in Löhrs Zentralorgan für das deutsche Handels- und Wechselrecht Bd. 3 S. 44f.; Biermann, Rechtszwang zum Kontrahieren, in Jherings Jahrb. Bd. 32 § 7 III S. 309, 310.

[34]) Wilhelm Koch, Deutschlands Eisenbahnen Teil 2 § 22 S. 121, 122; Schneeli, Die rechtliche Natur des Eisenbahnfahrscheins S. 61; Steuer, Die rechtliche Natur des Theaterbilletts S. 15; Endemann, Das Recht der Eisenbahnen § 132 S. 675.

[35]) Steuer a. a. O. § 2 S. 15.

[36]) vgl. Lange, Die Übertragbarkeit des Theaterbilletts § 3 S. 32.

Die Lösung des Billetts ist lediglich der sinnfällige Ausdruck dafür, daß der Theaterbesuchsvertrag zustande gekommen ist. Was weiter die rechtliche Natur des Theaterbesuchsvertrages anbelangt, so ist zunächst einmal zu untersuchen, ob nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch überhaupt die Möglichkeit besteht, den Theaterbesuchsvertrag als einen aus Sachmiete und Werkvertrag gemischten Vertrag anzusehen, m. a. W. finden wir die Essentialien beider Verträge bei dem Theaterbesuchsvertrag vorhanden? Sowohl dem Miets- als auch dem Werkvertrag ist das eine Essentiale eigentümlich, die Zahlung einer Vergütung. Diese geschieht beim Theaterbesuchsvertrag dadurch, daß der Besucher dem Theaterunternehmer resp. dem in seinen Diensten stehenden Billettverkäufer den Eintrittspreis resp. den Preis für den von ihm verlangten Platz bezahlt. Daß diese Vergütung eine vereinbarte ist, geht daraus hervor, daß der Besucher die von ihm geforderte Vergütung bezahlt, also sich mit der Höhe derselben durch die konkludente Handlung des Lösens des Billetts einverstanden erklärt. Für die gezahlte Geldsumme verlangt der Besucher ein Doppeltes: einmal einen Platz im Theater, zum anderen die Aufführung des Stückes. Die Gewährung des Platzes charakterisiert sich als Sachmiete im Sinne des § 535 BGB., die zweite Verpflichtung, welche der Theaterunternehmer durch den Werkvertrag auf sich nimmt, die Aufführung des Stückes, kennzeichnet sich als Werkvertrag gemäß § 631 BGB. Dieser Paragraph bestimmt folgendes:

> „Durch den Werkvertrag wird der Unternehmer zur Herstellung des versprochenen Werkes, der Besteller zur Entrichtung der vereinbarten Vergütung verpflichtet.

Gegenstand des Werkvertrages kann sowohl die Herstellung oder Veränderung einer Sache, als ein anderer durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg sein".

Nach Abs. 1 des genannten Paragraphen wird also der Unternehmer zur Herstellung des versprochenen Werkes verpflichtet. Nicht also in einzelnen Dienstleistungen oder der Arbeit schlechthin erschöpft sich die Pflicht des Unternehmers. Gegenstand seiner Verpflichtung ist vielmehr das Resultat der Dienstleistung oder der Arbeit, der durch die Dienstleistung oder die Arbeit hergestellte Erfolg, das Arbeitsprodukt, das Werk selber.[37])

Beim Theaterbesuchsvertrag bestehen die einzelnen Arbeitsleistungen in dem Proben, dem Engagieren der Schauspieler, dem Überwachen der Unterorgane, wie des Souffleurs, des Kulissenschiebers usw. und der technischen Arbeiten, der dadurch hergestellte Erfolg in der Aufführung des Stückes. Nun stellt allerdings der Theaterunternehmer das Werk nicht selbst dar, kann es auch nicht, da ja die Aufführung eines Stückes begrifflich das Zusammenwirken mehrerer Personen erfordert. Aber es ist durchaus kein Essentiale des Werkvertrags, daß die Herstellung des Werkes durch den Unternehmer persönlich erfolge. Er braucht deshalb auch nicht, wie es das allgem. Landrecht verlangte, ein Werkverständiger

---

[37]) vgl. Endemann, Lehrb. des bürgerl. R. Bd. 1 § 175, 1 S. 1098 f.; Ebert bei Fischer-Henle, BGB. Anm. 2 zu § 611 S. 306; Engelmann a. a. O. § 129 S. 367; Cosack, Lehrb. des deutschen bürgerl. R. Bd. 1 § 147 I, II S. 530; Staudinger, Komm. zum BGB. IV, 1 vor § 611 S. 380; Riezler a. a. O. § 7 II S. 30; Hachenburg, Dienstvertrag und Werkvertrag im BGB. S. 42; vgl. auch Mot. S. 471, bei Mugdan S. 262.

zu sein. Er darf sogar auch die den Erfolg herbeiführenden Tätigkeiten, wie das Engagieren des Schauspielers, das Abhalten der Proben, anderen überlassen. Nur der Wille der Parteien und die Natur des Vertrages ist dafür ausschlaggebend, ob der Unternehmer das Werk persönlich ausführen muß, oder ob er sich dabei fremder Hilfe bedienen, oder sogar die Aufführung Dritten übertragen kann. Der Gesetzgeber glaubte sich „jeder dispositiven Rechtsnorm und Auslegungsregel enthalten zu müssen und macht diese Frage lediglich von der Würdigung der Umstände des Einzelfalles abhängig".[38])

Persönliche Ausführung des Unternehmers würde man z. B. dann annehmen müssen, wenn sich jemand bei einem anerkannten Maler ein Bild bestellt und dabei den Willen zum Ausdruck bringt, daß er dasselbe von ihm selbst gemalt haben will.

Beim Theaterbesuchsvertrag aber ist es dem Besucher gleichgültig, ob der Theaterunternehmer die Vorarbeiten persönlich geleitet oder sie einem anderen übertragen hat, das Publikum verlangt eben nur die Aufführung. Daß beim Werkvertrag die Herstellung des Werkes nicht durch den Unternehmer erfolgen müsse, ist in Theorie und Praxis allgemein anerkannt.[39])

---

[38]) vgl. Mot. S. 473 bei Mugdan S. 264.

[39]) vgl. Crome, Partiar. Rechtsgeschäfte § 42 S. 282f.; derselbe, System des deutschen bürgerl. R. Bd. 2 § 264 Nr. 2 S. 676; vgl. auch Windscheid a. a. O. 3a zu § 401 S. 745; Dernburg, Das bürgerl. R. des Deutschen Reichs und Preußen Bd. 2 Abt. 2 § 317 II, 3 S. 430; RG. IV v. 11. 4. 1907, Bd. 66 Nr. 2 S. 6; vgl. auch im Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand Bd. 11 Nr. 2710, worin ausgeführt ist, daß beim Werktrage des BGB. nicht unterschieden wird, ob das Werk

Es wird nun noch untersucht werden müssen, ob der von dem Werkunternehmer zu prästierende Erfolg auch immaterieller Natur sein kann, ob also die Aufführung des Theaterstückes als ein Werkvertrag im Sinne des § 631 aufzufassen ist. Man wird diese Frage unbedenklich bejahen können. Die Motive besagen ausdrücklich:

> „Wenn nach gemeinem Recht und dem sächs. BGB. § 1243 Satz 1 die Vorschriften über den Werkvertrag auch auf den Vertrag Anwendung finden, welcher nicht die Herstellung oder Veränderung einer Sache, sondern ... sogen. immaterielle wissenschaftliche und künstlerische Schöpfungen zum Gegenstande hat ...“ und fahren dann fort: „Der Entwurf folgt dem gemeinen Recht und dem sächs. Bürgerlichen Gesetzbuch“.[40])

Auch aus dem Wortlaut des Gesetzes geht hervor, daß der Gegenstand des Werkvertrages ein immaterielles opus sein kann. Denn Abs. 2 von § 631 bestimmt:

> „Gegenstand des Werkvertrages kann sowohl die Herstellung ... einer Sache als ein anderer durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg sein“.

Hätte das Gesetz als Gegenstand des Werkvertrages nur körperliche Gegenstände im Auge gehabt, so würde sich der Passus: „herbeizuführender Erfolg“ erübrigt haben. Auch die herrschende Meinung in der Literatur geht dahin, daß der

---

von dem Unternehmer selbst, oder ob es durch fremde Handwerksarbeit auszuführen ist.

[40]) vgl. Mot. S. 506, 507, bei Mugdan S. 283.

Gegenstand des Werkvertrages ein immaterielles opus sein und daß vor allem eine Theateraufführung den Gegenstand eines Werkvertrages bilden könne.[41])

§ 3.

Wir haben zunächst einmal die Möglichkeit dargetan, den Theaterbesuchsvertrag auch nach heutigem Recht als einen aus Werkvertrag und Sachmiete gemischten Kontrakt zu präzisieren, um damit einen festen Ausgangspunkt für die weitere Kritik zu gewinnen. Sache des Folgenden ist es nun, die verschiedenen andern Auffassungen von der rechtlichen Natur des Theaterbesuchsvertrages kritisch damit zu vergleichen und insbesondere an der Verschiedenheit der Konsequenzen zu zeigen, daß unsere Lösung sowohl nach den rechtlichen Bedürfnissen wie nach der praktischen Konstruktion das Problem am besten erledigt.

a) Zunächst liegt es nahe, die Verpflichtung des Theaterunternehmers als Dienstleistungen und den Vertrag demgemäß als Dienstvertrag im Sinne des § 611 BGB. aufzufassen. Der § 611 hat folgende Bestimmung getroffen:

> „Durch den Dienstvertrag wird derjenige, welcher Dienste zusagt, zur Leistung der versprochenen Dienste, der andere Teil zur Gewährung der vereinbarten Vergütung verpflichtet. Gegenstand des Dienstvertrages können Dienste jeder Art sein".

---

[41]) vgl. Staudinger a. a. O. Vorbem. zu § 631 S. 447; Cosack a. a. O. § 147 II, 1 S. 532; Rümelin, Dienstvertrag und Werkvertrag § 8 S. 154; Oertmann, Komm. z. BGB., Recht der Schuldverhältnisse Vorbem. zu § 631 S. 627 f.; Riezler a. a. O. § 7 S. 36 III; Siméon, Recht und Rechtsgang § 67 S. 398; Benedix, Das deutsche bürgerl. R. auf Grund des deutschen BGB. § 51 Ia S. 470; Landsberg, Das Recht des BGB. § 136 S. 462 Anm. 1.

Beim Theaterbesuchsvertrag trifft nun das eine Kriterium, nämlich Zahlung der vereinbarten Vergütung, ohne weiteres zu. Fraglich aber ist es, ob sich die Verpflichtung des Unternehmers als Leistung von Diensten charakterisiert. Von der weiteren Verpflichtung des Unternehmers, dem Besucher den verlangten Platz zu gewähren, muß abgesehen werden, da hier nur diejenige Seite der Unternehmerverpflichtung in Betracht kommt, welche die Aufführung des Stückes zum Gegenstande hat. Nach Abs. 2 des § 611 können den Gegenstand des Dienstvertrages Dienste jeder Art bilden, sowohl höherer als auch niederer, geistiger oder körperlicher Natur, eine Beschränkung des Dienstvertrages auf operae illiberales besteht heute nicht mehr.[1])

Danach darf man den Gedanken, die Tätigkeit des Theaterunternehmers als Dienstleistungen zu betrachten, nicht von vornherein verwerfen.[2])

Gemeinhin wird nun der Unterschied zwischen Dienst- und Werkvertrag dahin präzisiert, daß bei ersteren der Schwerpunkt auf den Diensten resp. der Arbeit als solchen ruht, bei letzterem auf dem Arbeitsprodukt, dem Werk selber. Der Durchführbarkeit dieser Unterscheidung werden sich jedoch in praxi oft recht große Schwierigkeiten in den Weg stellen. Mitunter werden Tätigkeit und Erfolg sehr schwer auseinanderzuhalten sein.[3])

---

[1]) vgl. auch Meisner, Das Recht der Schuldverhältnisse Anm. 1 zu § 611 S. 177; Bendix, Das deutsche bürgerl. R. § 50 Ia S. 457.

[2]) Dies tut Unger, Die rechtliche Natur der Inhaberpapiere, für den durch Lösen eines Eisenbahnbilletts eingegangenen Vertrag § 15 S. 95.

[3]) vgl. dazu auch Endemann, Die Behandlung der Arbeit im Privatrecht S. 82; Jacubezky, Bemerkungen zu dem Entwurfe eines BGB. für das Deutsche Reich S. 135; Dernburg, Das bürgerl. R. Bd. 2 § 317 S. 431.

Treffend führt hierzu Rümelin als Beispiele an, daß derjenige, welcher „auf Rasieren, Haarschneiden, Straßenkehren, Singen ... kontrahiert hat, nicht immer darüber wird Auskunft geben können, ob er an die Tätigkeit oder das Resultat gedacht hat".[4])

Man hat deshalb, um die beiden Begriffe voneinander abzugrenzen, das Moment der Verteilung der Gefahr als Unterscheidungsmerkmal herangezogen. Gemäß § 644 BGB. trägt bei abnahmefähigen Werken der Unternehmer die Gefahr bis zur Abnahme und bei nichtabnahmefähigen Werken nach der Vorschrift des § 646 bis zur Vollendung des Werkes, während sie beim Dienstvertrage der Besteller trägt. Eine Vergütungspflicht für die Arbeitsleistung besteht daher beim Dienstvertrage immer, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob ein beabsichtigter Erfolg eintritt oder ausbleibt, beim Werkvertrag ist diese Verpflichtung nur dann vorhanden, wenn das gewünschte Arbeitsresultat, der Erfolg, wirklich erzielt wird. „In dieser Richtung wird der Vertragswille in der Regel erkennbar sein."[5])

Treffen, wenn wir das Ergebnis unserer Ausführung auf den Theaterbesuchsvertrag anwenden, bei diesem die Kriterien des Dienst- oder Werkvertrages zu? Die Arbeitstätigkeit des Unternehmers besteht in dem Engagieren der Schauspieler, Einüben der einzelnen Partien des Stückes, in der Inszenierung, dem Überwachen der technischen Organe und der Unterorgane

---

[4]) vgl. Rümelin a. a. O. S. 10; vgl. auch über die Schwierigkeit, Dienst- und Werkvertrag mit Sicherheit zu unterscheiden, Endemann, Bürgerl. R. § 175c S. 1101; Sigel, Der gewerbliche Arbeitsvertrag S. 7f.; Lotmar, Der Arbeitsvertrag Bd. 1 S. 90f.

[5]) vgl. Riezler a. a. O. § 9 S. 44; vgl. auch Marwitz, Der Bühnenengagementsvertrag S. 6; Rümelin a. a. O. § 3 S. 19 u. 17.

usw., also kurz zusammengefaßt: in den Handlungen, welche die Vorbereitung zur Aufführung, die Darbietungen selbst und deren Leitung darstellen. Alle diese einzelnen Tätigkeiten, mögen sie auch für die Aufführung des Stückes noch so wichtig sein, sind aber dem Publikum gleichgültig, der Wille der Besucher geht vielmehr erkennbarerweise nur dahin, die Aufführung des Stückes zu sehen resp. zu hören. Nur das Ergebnis der Arbeit des Theaterunternehmers wünscht das Publikum dargeboten zu erhalten. Man wird daher in der Verpflichtung des Theaterunternehmers ein Werk im Sinne des § 631 sehen müssen.

Am klarsten tritt dies hervor, wenn wir die Folgen betrachten, welche sich bei der Auffassung des Theaterbesuchsvertrages als Dienstvertrag ergeben. Muß die Aufführung des Stückes aus irgendeinem Grunde unterbleiben, sei es, daß vielleicht der Hauptdarsteller plötzlich erkrankt und kein geeigneter Ersatz vorhanden ist, sei es, daß die Aufführung in letzter Stunde polizeilich verboten wird, so könnte der Unternehmer vom Publikum Bezahlung für seine Tätigkeit verlangen. Denn er hat ja alles getan, um die Aufführung des Stückes herbeizuführen, Rollen einstudiert, Schauspieler engagiert usw. Die der Aufführung entgegenstehenden Hindernisse zu beseitigen, lag nicht in seiner Hand, er hat das Ausbleiben des Erfolges nicht verschuldet. Er könnte also Bezahlung für seine Leistungen verlangen. An wen sollte er sich aber halten, um für seine Dienstleistungen vergütet zu werden? Von den Fällen abgesehen, daß Billetts bereits im Vorverkauf erstanden wären, löst doch das Publikum die Billetts meistens erst an der Kasse kurz vor der Vorstellung. Und wenn die Aufführung aus irgend einem Grunde, vielleicht aus einem der obengenannten, jäh abgebrochen wird, dürfte der

Theaterunternehmer die Rückzahlung des Geldes für die gelösten Billetts verweigern; denn er hat ja die zur Herbeiführung des Erfolges erforderlichen Vorarbeiten geleistet. Daß in Wirklichkeit der Unternehmer im ersten Falle weder etwas für seine Tätigkeit verlangen kann noch im zweiten Falle die Rückzahlung des Geldes verweigern darf, ist allgemein anerkannt und entspricht auch der Verkehrssitte.[6])

Die Auffassung des Theaterbesuchsvertrages als eines Dienstvertrages im Sinne des § 611 BGB. ist demnach zurückzuweisen.

b) Eine weitere Auffassung geht dahin, den Theaterbesuchsvertrag einseitig als Sachmiete zu bezeichnen. Diese Ansicht wird besonders in der französischen Literatur vertreten und scheint auch unter der Herrschaft des allgem. Landrechts Anhänger gefunden zu haben, wie dies aus dem oben erwähnten Urteil des Amtsgerichts I Berlin hervorgeht.[7]) [8])

Heute wird diese Ansicht von keinem deutschen Schriftsteller vertreten, und zwar mit Recht, denn es stehen dieser Ansicht große Bedenken entgegen. Es darf nicht verkannt werden, daß die Überlassung bezw. das Mieten des Platzes nicht der Zweck des Theaterbesuches ist, der Platz wird vielmehr nur deshalb gemietet bezw. eingeräumt, um der Aufführung beiwohnen bezw. ihr bequemer beiwohnen — guter

---

[6]) vgl. dazu auch Rümelin a. a. O. § 8 S. 154.

[7]) Auch die französischen Theaterunternehmer erblicken in dem Theaterbesuchsvertrag eine Sachmiete. Dies geht aus den Theaterzetteln hervor, auf denen von der „location des places" die Rede ist. Vgl. Mugdan § 2 S. 5.

[8]) Näheres s. bei Opet a. a. O. Anm. 2 S. 219.

Sitzplatz — zu können. Seine Überlassung ermöglicht erst den Genuß der Vorstellung. Es trägt aber vor allem die Miete auf seiten des Vermieters ein Kennzeichen an sich, welches die Anwendung auf den Theaterunternehmer nicht zuläßt. Die Verpflichtung des Vermieters ist eine rein passive, sie besteht in einem Gewährenlassen. Und zwar ist diese Eigenartigkeit der Verpflichtung des Vermieters als eine rein passive Tätigkeit darin begründet, daß der Vermieter dem Mieter den Gebrauch einer bereits existierenden Sache überläßt, nicht einer solchen, die erst ins Leben zu rufen ist. So wird ein Buch, eine Wohnung vermietet, d. h. es wird die Benutzung dieser Gegenstände gewährt, aber es verschafft der Vermieter nicht erst das Buch oder das Haus. Diese Dinge sind bereits vorhanden und ihre Benutzung wird gewährt. Bei der Verpflichtung des Theaterunternehmers aber begegnen wir neben der rein passiven Tätigkeit des Überlassens eines bereits vorhandenen Platzes noch einer anderen, einer aktiven Tätigkeit. Der Theaterunternehmer muß vor und auch während der Vorstellung tätig sein, indem er die Aufführung überwacht bezw. für die Überwachung und die richtige Abwicklung des Stückes Sorge trägt, sei es auch dadurch, daß er die Tätigkeit anderen überläßt. Bei Beginn des Rechtsverhältnisses ist neben der Platzüberlassung noch kein fertiges, existentes Moment gegeben, dieses Moment wird vielmehr erst während der Zeit geschaffen, in welcher die Vorstellung vor sich geht, und besteht eben in der bei Abschluß des Vertrages noch nicht vorhandenen Aufführung des Stückes. Der Theaterbesuchsvertrag unterscheidet sich also von der Sachmiete im wesentlichen dadurch, daß bei ihm die Erfüllung der Verpflichtung des Theaterunternehmers ein aktives Tun erfordert, während beim Mietsvertrag lediglich eine Ge-

brauchsüberlassung einer schon existenten Sache in Frage kommt.[9])

Aber auch Bedenken rein praktischer Natur stehen der Auffassung des Theaterbesuchsvertrages als der einer reinen Sachmiete entgegen. Denn wenn der Aufführung des Stückes aus irgend einem Grunde Hindernisse entgegentreten, welche sie unmöglich machen, so erwächst doch, wie oben erwähnt, dem Theaterunternehmer ein materieller Nachteil. Dieser Nachteil tritt aber auch dann ein, wenn er immer noch imstande ist, den Theaterbesuchern die Möglichkeit zu verschaffen, auf den von ihnen erworbenen Plätzen zu sitzen. Wollte man den Charakter des Theaterbesuchsvertrages als einer reinen Sachmiete konsequent durchführen, so würde ja mit dem Überlassen des durch das Billett garantierten Platzes die Verpflichtung des Unternehmers erschöpft sein, das Publikum hätte also kein Recht, event. sein Geld zurückzuverlangen, wenn die Vorstellung nicht von statten geht. Also auch aus diesem, aus der Natur des Theaterbesuchsvertrages als reiner Sachmiete sich ergebenden Konsequenzen dürfte in diesem Vertrag kein reiner Mietsvertrag zu erblicken sein.

c) In der Literatur finden wir ferner noch eine weitere, allerdings isoliert dastehende Ansicht vertreten, und zwar die von Sommer aufgestellte, wovon ein Teil bereits hier zur Darstellung gelangen soll. Weiter unten wird dann auf seine Ansicht, die in dem Theaterbesuchsvertrag einen Kauf sieht, des näheren eingegangen werden. Es muß aber diese Seite seiner Auffassung schon jetzt gestreift werden, weil sie im innigen Zusammenhange steht mit der Beurteilung des Theater-

---

[9]) vgl. dazu Seidenschnur, Das Kontrahieren des Publikums mit den Theaterunternehmungen S. 9f.

besuchsvertrages als eines Kaufes. Sommer meint, der Gegenstand der Verpflichtung des Theaterunternehmers sei nicht die Veranstaltung der Aufführung und die Gebrauchsüberlassung des Platzes, sondern beide Faktoren seien nur die Voraussetzungen für die eigentliche Leistung, „deren Gegenstand nicht sowohl die Vorstellung selbst, als vielmehr die Einwirkung der Vorstellung auf den Besucher des betreffenden Platzes oder die Verschaffung des Genusses der Vorstellung für denselben bilde".[10])

Diese Ansicht erscheint nicht zutreffend. Der Genuß der Aufführung ist vielmehr ein rein psychischer Vorgang, die Einwirkung auf die Besucher gestaltet sich je nach der Individualität des einzelnen verschieden. Wie ein ungebildeter Mann an der Vorstellung der Werke unserer Klassiker nicht den ästhetischen Genuß empfinden wird wie der feingebildete Künstler, so wird andererseits bei dem feinsinnigen Ästhetiker die Darbietung eines Räuberstückes oder Kasperletheaters usw. nicht dieselben vielleicht gar enthusiasmierten Eindrücke auslösen wie bei einem ungebildeten Menschen. Das Einzelindividuum schafft sich vielmehr aus seinem Empfinden und seiner Veranlagung heraus den Genuß selber, und je nach der Anlage des einzelnen wird ein und dasselbe Stück bei dem einen Besucher Behagen, bei dem anderen Unwillen oder Langeweile erzeugen. Der Theaterunternehmer ist daher nicht in der Lage, jedem durch die Aufführung des Stückes einen bestimmten Genuß zu verschaffen. Er setzt nur die Vorstellung durch seine Tätigkeit ins Leben und läßt sie auf den Besucher je nach dessen individueller Veranlagung einwirken.

Um den Beweis zu erbringen, daß unsere Ansicht nicht

---

[10]) vgl. Sommer, Der Kauf des Theaterbilletts S. 10.

die richtige sei, bringt Sommer folgendes Beispiel: Der Platz des Theaterbesuchers ist derartig ungünstig, daß der Besucher von der Vorstellung nichts hört und sieht. Da nun die Aufführung von statten gegangen ist und der Besucher einen Platz erhalten hat, sagt Sommer: „Das opus ist vollkommenerweise hergestellt, wieviel von dem Eintrittsgelde wäre dann wohl auf die Aufführung und wieviel auf die Überlassung des Platzes zu rechnen?“ [11])

Diese Schlußfolgerung trifft jedoch auf unsere Ansicht keineswegs zu. In dem genannten Beispielsfalle ist die Erfüllung der Verpflichtung des Theaterunternehmers nur eine scheinbare. Nach der von uns getroffenen Begriffsbestimmung des Theaterbesuchsvertrages als eines aus Werkvertrag und Sachmiete gemischten Vertrages muß auf die dem Theaterunternehmer aus der Sachmiete erwachsene Verpflichtung auch § 537 Anwendung finden. Dieser Paragraph besagt:

> „Ist die vermietete Sache zur Zeit der Überlassung mit einem Fehler behaftet, der ihre Tauglichkeit zu dem vertragsmäßigen Gebrauch aufhebt oder mindert, oder entsteht im Laufe der Miete ein solcher Fehler, so ist der Mieter für die Zeit, während deren die Tauglichkeit aufgehoben ist, von der Entrichtung des Mietzinses befreit“. . . .

Ist der dem Theaterbesucher eingeräumte Platz also so ungünstig, daß der Besucher von ihm aus nichts sehen und hören kann, so ist dieser Platz eben mit einem Fehler behaftet, der seine Tauglichkeit zu dem vertragsmäßigen Gebrauch, d. h. vorliegend zum Genuß der Vorstellung, aufhebt. Der Theaterunternehmer ist demnach seiner ihm aus dem

---

[11]) vgl. Sommer a. a. O. S. 10.

Sachmietvertrage erwachsenden Verpflichtung nicht nachgekommen. Mithin ist auch das opus nicht vollständig hergestellt.

d) Die Auffassung des Theaterbesuchsvertrages als Kauf dürfte darauf zurückzuführen sein, daß im technischen Leben für das Lösen eines Theaterbilletts der Ausdruck „man kaufe ein Billett" gebraucht wird. Nach der von uns oben getroffenen Präzisierung des Theaterbesuchsvertrages ist die Lösung eines Theaterbilletts als der Abschluß eines aus Werkvertrag und Sachmiete gemischten Vertrages anzusehen. Der Theaterunternehmer verpflichtet sich also dem Besucher gegenüber nicht nur zur Überlassung des Platzes, sondern auch zur Herstellung eines Werkes, nämlich der Aufführung des Stückes. Gerade hinsichtlich der letzteren Verpflichtung ist aber die Abgrenzung vom Kaufvertrag eine recht schwierige, besonders wenn es sich, wie vorliegend, beim Werkvertrage um die Herstellung eines immateriellen opus handelt.[12])

Dennoch müssen beide Verträge streng voneinander geschieden werden. Wohl spricht eine gewisse Äußerlichkeit dafür, das Lösen des Billetts als einen Kauf zu bezeichnen: Das Billett wird vorher bezahlt. Und beim Handkauf finden wir ja gewöhnlich eine vorherige Bezahlung, während beim Werkvertrag, den wir als Teil des Theaterbesuchsvertrages ansehen, die Vergütung erst bei Abnahme des Werkes erfolgt (§ 641 BGB.), oder auch bei Vollendung desselben (§ 646 BGB.), wenn, wie in unserem Falle, das Werk seiner Natur nach nicht abgenommen werden kann. Doch hat diese Vorschrift nur dispositiven Charakter, sie gestattet also ein Überein-

[12]) vgl. Emerich, Kauf- und Werklieferungsvertrag § 1 S. 3; Henle, Grenzbestimmungen zwischen Kauf- und Werkvertrag § 6 S. 19 f.; s. auch Riezler a. a. O. S. 63, 64 und das dort angeführte Beispiel.

kommen der Parteien dahin, daß die Entrichtung der Entschädigung im voraus zu erfolgen habe. Die Vorausbezahlung ist aber beim Theaterbesuchsvertrag „dermaßen herkömmlich, daß die entsprechende Zahlungszeit ohne weiteres als Vertragsbestimmung anzusehen ist".[13])

Die Vorausbezahlung hat ihren inneren Grund in der leichteren Kontrollmöglichkeit. Es wäre ja wohl möglich, daß erst am Schluß der Vorstellung der Preis erlegt wird, doch würde dies bei dem massenhaften Hindrängen des Publikums zu den Ausgängen eine durch nichts gerechtfertigte Mehraufwendung an Personal erfordern, für die Besucher aber den Nachteil eines großen Zeitverlustes im Gefolge haben.

Gegen die Annahme, daß in der Lösung eines Theaterbilletts ein Kauf zu sehen sei, spricht zunächst die Betrachtung, was bei den beiden Verträgen als Objekt und Inhalt der Leistungspflicht erscheint. Gegenstand des Kaufvertrages sind Sachen oder Rechte, Gegenstand des Theaterbesuchsvertrags aber ist ein immaterielles Arbeitsprodukt, die Aufführung des Stückes, das sich weder unter den Begriff der Sache, noch unter den des Rechtes einordnen läßt. Der Inhalt der Leistungspflicht ist beim Theaterbesuchsvertrag die Herbeiführung eines Arbeitserfolges ohne Rücksicht auf die Eigentumsfrage, während der Kauf die Eigentumsübertragung an der Sache unmittelbar herbeiführt. Beim Kaufvertrag geht die Absicht der Parteien in der Regel dahin, daß ein bereits vorhandener körperlicher Gegenstand oder ein bereits vorhandenes Recht gegen Zahlung eines Preises übergeben werde, während durch die Lösung eines Theaterbilletts der Theaterunternehmer sich verpflichtet, ein noch

---

[13]) vgl. Lotmar a. a. O. Abschn. 2 Kap. 2 S. 366.

nicht existierendes Werk herzustellen, nämlich künftig ein opus aufzuführen, und der Theaterbesucher das Recht erwirbt, dieser zukünftigen Aufführung beiwohnen zu dürfen. Keineswegs aber kann man behaupten, daß der Theaterunternehmer das Eintrittsrecht verkauft, denn bis zu dem Augenblick der Lösung des Billetts existiert die Forderung auf Eintritt noch gar nicht, erst dann wird es dem Besucher möglich, sein Forderungsrecht geltend zu machen, wenn die Aufführung vor sich geht.[14])

Aber es handelt sich bei diesem durch die Lösung des Billetts erworbenen Rechte, der Vorstellung beiwohnen zu dürfen, keineswegs um den Kauf einer Forderung. Wollte man dies annehmen, so müßte man konsequenterweise zu der Ansicht gelangen, daß ein jeglicher Vertrag, bei welchem der eine Kontrahent eine Geldleistung zu machen hat, so z. B. auch der Werkvertrag oder die Miete, als Kaufkontrakt angesehen werden müsse. Das Kaufobjekt würde also bei einem Vertrage, bei dem die eine Leistung auf Geld geht, überhaupt keine Rolle mehr spielen. Aber nicht „die Forderung, sondern das Objekt derselben ist für den Charakter des Geschäftes bestimmend".[15])

Vor allem aber sprechen gegen die Auffassung der Lösung des Theaterbilletts als Kauf die Folgen, welche sich aus dieser Ansicht ergeben. Sommer gelangt zu der Auffassung, die Lösung des Billetts rechtlich als Kauf anzusehen, auf

---

[14]) Bernhöft, Kauf, Miete und verwandte Verträge, Heft 12 der Beiträge zur Erläuterung und Beurteilung des Entwurfs eines BGB. von Bekker u. Fischer S. 68f.; Riezler a. a. O. § 11 S. 54; Ehrenberg, Kauf- und Werkvertrag, in Jherings Jahrb. Bd. 27 S. 253f.; Bicheroux § 3 S. 12f.

[15]) vgl. Bechmann, Der Kauf Bd. 2 § 146 S. 135.

Grund folgender Argumentation[16]): Zu dem materiellen Vertrage mit der Theaterverwaltung, der l. c. operis, komme eine abstrakte Obligation, die Verpflichtung aus dem Billett als Inhaberpapier hinzu, bezw. werde gleichzeitig mit diesem begründet. Da nun diese abstrakte Obligation den materiellen Vertrag absorbiere, bleibe nur die Verpflichtung aus dem Theaterbillett übrig. Da diese aber sachenrechtlichen Charakter an sich trage — Sommer hält den Vertrag über die Gewährung des Genusses der Vorstellung und den Billettverkauf für identisch —, es sich also um einen Vertrag do ut des handle und außerdem die Gegenleistung in Geld bestehe, so sei der Theaterbesuchsvertrag als ein Kauf aufzufassen. Diese Deduktion hält irrigerweise den Theaterbesuchsvertrag, der, wie oben dargetan, nach Sommer im Bereiten des Genusses der Vorstellung besteht und den Billetverkauf, d. h. den Vertrag über den Erwerb des Papieres in dem sich das Recht auf Beiwohnen des Stückes verkörpert, nicht auseinander. Nicht die Verpflichtung aus dem Billett, also die Forderung auf Zulassung zur Vorstellung, ist sachenrechtlicher Natur, sondern das Billett selbst ist Sache. Soll nun der abgeschlossene Vertrag als Innominatkontrakt nach der Formel do ut des sich charakterisieren, so kann dies nur dahin aufgefaßt werden, daß dem Theaterbesucher für seine Leistung, die in der Geldzahlung besteht, etwas gegeben wird, und zwar etwas gegeben wird im wörtlichen Sinne, und dies kann nur das Billett selber sein. Das Rechtsverhältnis ist aber in Wirklichkeit mit der gegen Geldzahlung erfolgten Übergabe des Billetts noch nicht erschöpft. So wird wohl, wenn ich einen Hut kaufe, mit dem Augenblick, in dem ich nach Zahlung

---

[16]) Sommer a. a. O. S. 32.

des Kaufpreises den Hut erhalte, das Kaufgeschäft seinen Abschluß gefunden haben, da ich eben nur den Hut erhalten wollte, im vorliegenden Falle aber geht mein Verlangen, trotzdem ich das Billett schon in den Händen habe, also der Kaufvertrag bereits erfüllt ist, noch weiter, ich will noch den Genuß der Vorstellung. Folgt man nun der Auffassung Sommers, so ergeben sich zwei Möglichkeiten:

1. Der Billettverkauf ist der Theaterbesuchsvertrag. Dann ist der Vertrag durch die Hingabe des Billetts erschöpft. Diese Konsequenz ist aber mit der rechtlichen Natur der Lösung des Theaterbilletts unvereinbar. Denn da immer noch die in dem Billett verkörperte Verpflichtung des Unternehmers, die Vorstellung aufzuführen, zu erfüllen ist, so erscheint die Frage, welchen rechtlichen Charakter diese Erfüllung an sich trägt, ungelöst.

2. Der Erwerb der Forderung und die Erfüllung derselben zusammen bilden den Theaterbesuchsvertrag. Sieht man diesen dann als Kauf an, so ergeben sich Folgerungen, denen die größten Bedenken entgegenstehen. Sommer sieht nun einen Mangel des Billetts darin, daß infolge eines schlechten Platzes, auf den das Billett berechtigt, der Genuß der Vorstellung beeinträchtigt wird. Konsequenterweise müßte demgemäß dann auch ein Mangel des Billetts angenommen werden können, wenn die Vorstellung überhaupt gar nicht stattfindet, oder wenn die Musik schlecht spielt, die Schauspieler öfters stecken bleiben, der technische Apparat nicht funktioniert, überhaupt die Vorstellung in irgendeiner Beziehung zu bemängeln ist. Denn durch alle diese Momente wird ja der Genuß, den der Theaterunternehmer verbürgt, herabgemindert. Und doch will Sommer bei diesem Kauf die ädilizischen Klagen wegen Mängeln und der Anfechtung wegen

laesio enormis nicht angewendet wissen. Wohl aber glaubt er, daß diese Regeln Anwendung finden, wenn man den Theaterbesuchsvertrag als Werkvertrag ansehen will.

Spricht schon diese Folge gegen Sommers Auffassung, so läßt vor allem auch folgende Erwägung seine Ausführungen bedenklich erscheinen. Beim Kauf gilt der Grundsatz periculum est emptoris. Der Kauf ist nun nach den oben erwähnten beiden Möglichkeiten, welche die Ansicht Sommers zuläßt, entweder mit der Aushändigung des Billetts an den Besucher oder mit der Beendigung der Vorstellung perfekt. Folgt man der ersten Möglichkeit, so müßte der Besucher von dem Augenblick an, in dem das Billett ausgehändigt wird, jede Gefahr tragen, er hätte also für den Untergang und die Verschlechterung der Kaufsache einzustehen. Diese Folgerungen können auf den Theaterbesuchsvertrag keine Anwendung finden. Schließt man sich der letzteren Möglichkeit an, so ergibt sich die Folge, daß der Besucher überhaupt keine Gefahr trägt. Es erhellt, daß die Grundsätze von der Haftung wegen zugesicherter Eigenschaften und die der Eviktion nach den Vorschriften, die über den Kauf gelten, sich auf den Theaterbesuchsvertrag kaum werden anwenden lassen.

Das Ergebnis der vorliegenden Erörterung besteht darin, daß die weitaus meisten oder wichtigsten Rechtsgrundsätze, welche für den Kauf gelten, bei den Theaterbesuchsverträgen keine Anwendung finden können. Danach wird man also den Theaterbesuchsvertrag als Kauf nicht ansprechen dürfen.[17])

e) Eine andere Auffassung endlich sieht in dem Theaterbesuchsvertrage einen reinen Werkvertrag. Am nachdrück-

---

[17]) vgl. zu obigem Seidenschnur a. a. O. S. 55 f.

lichsten finden wir diese Ansicht von Opet und Riezler vertreten.[18])

Staudinger und Oertmann vertreten die genannten Auffassungen, wie wir unten sehen werden, in etwas abgeschwächter Form.[19])

Rümelin sagt zwar auch, daß der Vertrag zwischen Theaterunternehmer und Theaterbesucher „mit Recht als Werkvertrag angesehen werde", doch hat er, wenn man seine Worte im Zusammenhange mit seinen vorhergehenden Erörterungen erwägt, dabei lediglich die Verpflichtung des Theaterunternehmers, das Stück aufzuführen, im Sinne und betrachtet sie bei der Erörterung der Frage, wann im Einzelfalle Dienst- und wann Werkvertrag vorliege. Darauf deutet vor allem der Hinweis auf S. 9 hin, wo der Unterschied dieser beiden Verträge unter dem als Kapitelsüberschrift bezeichneten Gesichtspunkte der Tätigkeit und des Erfolges dargelegt wird.[20])

Auch die in den sonstigen Lehrbüchern sich vorfindende Bezeichnung des Theaterbesuchsvertrages als eines Werkvertrages bezieht sich anscheinend nur auf diese Seite der Theaterunternehmerverpflichtung. Es kann nicht in Abrede gestellt werden, daß beide Verpflichtungen des Theaterunternehmers, die Pflicht zur Aufführung des Stückes und die zur Überlassung des Platzes in einem innigen Abhängigkeitsverhältnis zueinander stehen, da die Erfüllung nur einer Verpflichtung für den Besucher keinen Zweck hat, wenn

---

[18]) vgl. Opet a. a. O. § 26 S. 219, 220; Riezler a. a. O. § 10 S. 50.

[19]) Staudinger a. a. O. Vorbem. 3b vor 631 S. 447; Oertmann a. a. O. Vorbem. 2a vor 663 S. 628.

[20]) vgl. Rümelin a. a. O. § 8 S. 154.

nicht auch die andere Leistung bewirkt wird. Nur dann kann die Aufführung als Erfüllung gelten, wenn der Unternehmer auch seiner Verpflichtung aus dem Mietsvertrage genügt, und die Überlassung des Platzes ist nur dann Erfüllung des Theaterbesuchsvertrages, wenn auch der Werkvertrag erfüllt ist, d. h. die Aufführung zustande kommt. Trotz dieses innigen Zusammenhanges beider Verpflichtungen bestehen aber doch zwei Verpflichtungen. Auch die Tatsache, daß nicht für jede dieser beiden Leistungen eine besondere Vergütung gezahlt, sondern für beide Leistungen ein gemeinsames Entgelt entrichtet wird, ändert an dieser Auffassung nichts. Denn für die Bezahlung des Preises verpflichtet sich der Unternehmer zur Aufführung des Stückes und zur Überlassung des Platzes. Die erste Verpflichtung ist nach den Regeln des Werkvertrags zu beurteilen, die zweite unterliegt den Grundsätzen über Sachmiete. Trotzdem bleibt der Vertrag ein gemischter. Zu weit geht m. E. Opet, wenn er sagt: „Der Theaterbesuchsvertrag bezeichnet ein zwischen dem Theaterunternehmer und einer anderen Person getroffenes Übereinkommen, wonach ersterer gegen Empfang eines Entgeltes seinem Gegenkontrahenten die Veranstaltung einer Aufführung verspricht".[21])

Wenn Opet in dieser Begriffsbestimmung, die er von dem Theaterbesuchsvertrage gibt, nur von dieser einzelnen Verpflichtung des Unternehmers, die Aufführung des Stückes zu veranstalten, spricht, so dürfte er eigentlich folgerichtig gar nicht von „vermieteten Plätzen" sprechen,[22]) da ja nach seiner Ansicht das Überlassen des Platzes ein sekundäres

---

[21]) vgl. Opet a. a. O. § 22 S. 219.

[22]) s. Opet a. a. O. S. 231 Anm. 9.

ist, das, wie Lotmar treffend bemerkt, von der primären Leistung (nämlich der Aufführung des Stückes) absorbiert wird.[23])

Als Beweis für seine Behauptung führt Opet den Frachtvertrag an, bei dem die Pflicht des Frachtführers sich auch nicht darauf beschränkt, den Transport zu effektuieren, bei dem vielmehr auch die Verpflichtung enthalten sei, dem Gute zur Ermöglichung des Transportes einen Raum zu gewähren. Dieser Umstand sei jedoch rechtlich nicht in Betracht zu ziehen, „da es sich dabei lediglich um das Schaffen einer conditio sine qua non für die Vertragserfüllung selbst handle". Bei den Transportverträgen sei aber „ein Zweifel über die nebensächliche Bedeutung des die Perfektion des Vertrages erst ermöglichenden lokalen Moments aufgetaucht".[24])

In ähnlicher, auf den vorliegenden Fall mehr zutreffender Weise führt Riezler aus:

„Wer mit dem Dampfschiffe, der Trambahn oder der Eisenbahn fährt, geht regelmäßig nur einen Werkvertrag ein, nicht auch eine Sachmiete, obwohl es zur Erreichung des Arbeitsresultats, d. i. hier zur Beförderung an das Reiseziel, auch notwendig ist, ihm den Gebrauch eines Platzes auf dem Schiffe oder im Wagen zu überlassen; ebenso ist es wenn jemand einen öffentlichen Vortrag oder ein Konzert gegen Entgelt besucht. Die Platzüberlassung ist hier nur Mittel zur Erfüllung des Hauptzweckes des Vertrages.[25])

Diese Beispiele dürften jedoch auf den Theaterbesuchsvertrag nicht zutreffen. In dem von Opet angeführten Falle ist allerdings die Platzüberlassung nur ein nebensächliches

---

[23]) So Lotmar a. a. O. S. 198 Anm. 2.

[24]) vgl. Opet a. a. O. § 26 S. 220.

[25]) vgl. Riezler a. a. O. § 10 S. 50.

Moment, und es wird, abgesehen davon, daß durch die Natur der zu transportierenden Sache eine verschiedene Lagerung bedingt ist, demjenigen, welcher ein Stück zum Transport gibt, gleichgültig sein, wo das Gepäck zu liegen kommt, wenn nur transportiert wird. Beim Theaterbesuchsvertrag wird aber auf den Platz ein weitaus größeres Gewicht gelegt wie beim Transportverfahren, was sich schon äußerlich dadurch kennzeichnet, daß es verschiedene Plätze gibt. Aber auch dem Beispiele Riezlers stehen Bedenken entgegen. Denn bei einer Fahrt mit der Eisenbahn und dem Dampfschiff wird es dem Passagier durchweg nur daran gelegen sein, daß der Werkvertrag erfüllt wird, d. h. daß er an das Ziel seiner Reise gelangt. Wie er dahin gelangt, wird für ihn im allgemeinen nur ein nebensächlicher Faktor sein. Auch die Tatsache, daß er durch die Lösung einer Karte für eine höhere Wagenklasse sich eine bequemere Beförderungsmöglichkeit sichert, tritt in den Hintergrund gegenüber seiner Absicht, überhaupt sein Ziel zu erreichen.[26])

Anders verhält es sich beim Lösen eines Theaterbilletts. Hier ist der allgemeinen Auffassung der Theaterbesucher, welche neben der Aufführung des Stückes auch auf die Möglichkeit besonderes Gewicht legt, das Stück besser auf sich

---

[26]) Fälschlich nimmt von seinem Standpunkte Riezler eine gewisse Annäherung an die Sachmiete, wobei man jedoch trotzdem nur einen durch „besondere Klauseln“ modifizierten Werkvertrag annehmen dürfe, da an, wenn sich jemand einen besonderen Platz sichert, wie bei einem D-Zuge. Riezler übersieht dabei, daß die neben dem Billett zu lösende Platzkarte überhaupt erst die Möglichkeit gewährt, den D-Zug zu benutzen, daß diese Benutzungsmöglichkeit aber durch den Kauf des Billetts allein noch nicht gegeben ist; vgl. Riezler a. a. O. § 10 S. 50.

einwirken zu lassen, schon dadurch in umfangreicher Weise Rechnung getragen, daß eine mannigfaltige Auswahl der Plätze geschaffen ist. Faktisch ist auch das Interesse, einen bestimmten Platz zu erhalten, beim Theaterbesuchsvertrag ein so ungleich größeres, daß es sich mit der Platzfrage bei der Bahnfahrt, wo es dem einzelnen auf die Beförderung ankommt, gar nicht in Parallele bringen läßt. Einige Beispiele mögen dies erläutern. Eine schwerhörige Person nimmt sich einen Platz in der vordersten Reihe, weil sie sonst die Spieler nicht versteht. Ihr liegt also daran, möglichst vorn zu sitzen, weil ihr sonst das Stück keinerlei Genuß bereitet, da sie auf einem weiter rückwärts liegenden Platze nichts hören würde. Einer anderen, nervös veranlagten Person wird naturgemäß nur mit einem weiter rückwärts liegenden Platze oder einem Logenplatze gedient sein. Wieder ein anderer, der bei einem Ausstattungsstücke lediglich die farbenprächtige Szenerie auf sich einwirken lassen will, wird einen vielleicht ganz hinten gelegenen Platz vorziehen, weil er von da aus den besten Gesamteindruck gewinnt. Aus diesen Beispielen erhellt bereits, daß das Interesse des einzelnen an dem Platze mit dem an der Aufführung selber recht stark konkurriert, ja es kann sich zu einer solchen Höhe steigern, daß selbst das Interesse an der Vorstellung dagegen in den Hintergrund tritt. Daß das Moment der Platzüberlassung im einzelnen Falle eine große Bedeutung neben dem Interesse, das Stück zu sehen, gewinnen kann, erkennt denn auch Staudinger an und modifiziert seine Ansicht, daß beim Theaterbesuchsvertrag ein reiner Werkvertrag vorliege, dahin, daß er sagt:

> „Soll aber im Ausnahmefalle ein bestimmter bevorzugter Platz gewonnen werden und muß dafür etwas Besonderes gezahlt werden, so liegt wieder

neben dem allgemeinen Werkvertrage eine besondere Platzmiete vor".[27])

Oertmann greift in diesem Falle zu einem anderen Mittel, er will ein pactum adjectum, das neben dem Werkvertrag für die Verpflichtung zur Platzüberlassung abgeschlossen wird, annehmen.[28])

Man wird zugeben müssen, daß diese beiden Lösungen, besonders die letztere, etwas Bestrickendes an sich haben, doch erscheint es m. E. nicht praktisch, auf diese Weise Schwierigkeiten in die Frage hineinzutragen. Man denke nur an die Folgen. Der Theaterbesuchsvertrag wird als ein Werkvertrag aufgefaßt, nichtsdestoweniger muß anerkannt werden, daß im Einzelfalle die Sachmiete vor dem Werkvertrag prävaliert. Für diesen Fall muß also ein Ausweg geschaffen werden. Und diesen findet Staudinger darin, bei so veränderter Sachlage neben dem Werkvertrag einen Mietsvertrag anzunehmen. Oertmann nimmt neben dem Werkvertrag ein pactum adjectum an. Die sich daraus ergebenden Folgen dürften aber das Resultat, zu dem Staudinger und Oertmann gelangen, nicht als praktisch erscheinen lassen. Es müßte, wenn man sich auf den Standpunkt dieser beiden Schriftsteller stellt, im Einzelfalle geprüft werden, ob sich die Nebenleistung — denn eine solche bliebe ja die Sachmiete neben der primären Verpflichtung aus dem Werkvertrage — zu einer Hauptleistung steigert und so dem ganzen Vertrage ein vom Werkvertrag abweichendes Gepräge aufdrückt. Da nun aber das Institut des Theaterbesuchsvertrages noch keine Regelung erfahren hat, so dürfte es

---

[27]) vgl. Staudinger a. a. O. Vorbem. 3b v. § 631 S. 447.

[28]) Oertmann a. a. O. IIa zu § 631 S. 628.

praktisch erscheinen, den Theaterbesuchsvertrag als einen aus Werkvertrag und Sachmiete gemischten Vertrag anzusehen, da man durch diese Begriffsbestimmung den Schwierigkeiten aus dem Wege geht, welche die Auffassung des Vertrages als eines reinen Werkvertrages in vielen Fällen naturgemäß im Gefolge hat.[29])

f) Endlich sei noch auf die Ansicht Seidenschnurs eingegangen, der den Theaterbesuchsvertrag als einen besonders gearteten Vertrag auffassen will, da er sich „unter keine Gruppe der im heutigen System vorhandenen Verträge einreihen ließe".[30])

Seidenschnur will ihn also als Innominatkontrakt angesehen wissen.[31])

Wie bereits oben dargetan, lassen sich aber auf ihn, von einigen, in seiner Natur begründeten Ausnahmen abgesehen, die Regeln des Werkvertrags und die der Sachmiete anwenden, so daß er als ein aus Werkvertrag und Sachmiete gemischter Vertrag betrachtet werden muß. Da er sich demnach in die Institute des heute geltenden Rechtssystems einordnen läßt, so ist m. E. kein Grund vorhanden, ihn unter den Sammelbegriff des Innominatkontraktes zu bringen. Eine solche Einreihung wäre nur dann am Platze, wenn sich „die Rubrizierung unter einen konkreten Vertragstypus als unmöglich herausstellte".[32])

---

[29]) vgl. Goldmann-Lilienthal, Das BGB. Bd. 1 § 172 S. 634 Anm. 7, wo gleichfalls die Auffassung vertreten wird, daß durch das Lösen eines Theaterbilletts ein aus Werkvertrag und Mietsvertrag zusammengesetzter Vertrag zustande kommt.

[30]) vgl. Seidenschnur a. a. O. S. 11.

[31]) vgl. auch Günther, Die bei Lösung eines Theaterbilletts entstehenden Rechtsverhältnisse S. 13.

[32]) vgl. Opet a. a. O. § 26 S. 220.

g) Den Theaterbesuchsvertrag als Entreprise aufzufassen,[33]) erscheint für das Bürgerliche Gesetzbuch unangebracht, da unser Gesetzbuch keinen Unterschied macht, ob der Unternehmer das Werk selber herstellt oder die Ausführung anderen überträgt. Dem Bürgerlichen Gesetzbuch ist daher die Entreprise als Vertrag mit rechtlicher Eigenart neben dem Werkvertrage nicht bekannt.[34])

---

[33]) So für das gemeine Recht Dankwardt a. a. O. S. 305 f.

[34]) vgl. RG. Bd. 66 Nr. 2 S. 5, 6 ff.

Zweites Kapitel.

§ 4.

Bei der Beantwortung der Frage nach der Übertragbarkeit des Theaterbilletts wird es vorher nötig sein, die rechtliche Natur des Theaterbilletts einer Erörterung zu unterziehen; denn es handelt sich darum, festzustellen, ob dasselbe auf den Theaterbesuchsvertrag irgend einen Einfluß ausübt und event. wie sich dieser Einfluß gestaltet. Die Frage nach der rechtlichen Natur des Theaterbilletts ist eine äußerst bestrittene. Drei Gründe sind es vornehmlich, die eine Definition dieses Papieres besonders für die Lehre des gemeinen Rechts schwierig machen. Einmal finden wir in den auf uns gekommenen Quellen des römischen Rechts das Theaterbillett einer rechtlichen Würdigung nicht unterzogen. Zwar waren, wie schon oben erwähnt, Theaterbilletts den Römern keine unbekannte Erscheinung. Sie kannten bereits tesserae theatrales, auf denen der Rang (cavea), die Abteilung (cuneus), das Stück und die Nummer des Platzes für den Besucher angegeben waren, doch dienten diese tesserae lediglich zur Aufrechterhaltung der Ordnung, indem die locarii und designatores nach Maßgabe dieser tesserae die Zuschauer auf ihre Plätze führten.[1])

Diese Billetts hatten also nur eine tatsächliche, keine rechtliche Bedeutung, und die römische Jurisprudenz hat

[1]) vgl. Pauly, Realenzyklopädie der klassischen Altertumswissenschaft Bd. 4 S. 1217 f.; vgl. auch Dunker a. a. O. § 1 S. 30.

nicht einmal den Versuch getan, sie zum Gegenstande einer eingehenden juristischen Konstruktion zu machen.[2])

Ein weiterer Grund für die Schwierigkeit der Definierung liegt darin, daß die Theaterbilletts eine besondere gesetzliche Regelung noch nicht erfahren haben. Ein letzter Grund ist endlich darin zu suchen, daß man wegen der geringfügigen finanziellen Bedeutung der Theaterbilletts es für überflüssig hielt, sie auf ihre rechtliche Natur zu untersuchen, sagt doch z. B. Wolff, daß sie auf „zu unbedeutende", durch die Natur der Sache höchst eingeschränkte Leistungen lauteten, als daß es sich der Mühe verlohnte, um ihretwillen besondere Untersuchungen anzustellen.[3])

Erst in neuerer Zeit hat sich wegen der Bedeutung der Eisenbahnfahrkarten und des Interesses der Allgemeinheit an der rechtlichen Behandlung derselben die Literatur mit diesen und zum Teil auch mit den Theaterbilletts beschäftigt. Doch begegnen wir auch hier wieder einer erneuten Schwierigkeit. Es werden in der Literatur die verschiedensten technischen Ausdrücke angewandt, die durchaus keine allgemeine Anerkennung gefunden haben, und die dann von den einzelnen Schriftstellern im verschiedenartigsten Sinne gebraucht werden. So gibt z. B. Gareis eine weitgehende Begriffsbestimmung der „Legitimationszeichen"[4]) und bemerkt ausdrücklich, daß diese Zeichen nicht mit den „Legitimationspapieren" zu verwechseln seien.[5])

Trotzdem sagt Fuchs: „Was die Funktion der Legiti-

---

[2]) vgl. Kuntze a. a. O. § 11 S. 42.

[3]) vgl. Wolff, Vindikation Amortisation . . . in Goldschmidts Zeitschr. für das gesamte Handelsrecht Bd. 7 § 3 S. 61.

[4]) vgl. Gareis, Das deutsche HR. § 69 Ib S. 545 f.

[5]) Derselbe a. a. O. S. 545 Anm. 3.

mationspapiere betrifft, so wird dieselbe sehr treffend von Gareis charakterisiert, wie folgt: Legitimationszeichen sind Papiere oder sonstige Zeichen, welche nicht zum Zwecke des Beweises . . .“,[6]) und auch Landsberg macht keinen Unterschied zwischen diesen beiden Begriffen.[7])

Weiter werden, um noch ein Beispiel zu erwähnen, die Begriffe Quittung und Legitimationsurkunde nicht getrennt, es wird vielmehr der eine Begriff dem anderen gleichgestellt[8])

Bei dieser geringen Übersichtlichkeit und Klarheit erscheint es doppelt geboten, die einzelnen Begriffe genau auseinanderzuhalten, um so bezüglich der rechtlichen Natur des Theaterbilletts zu einem Resultate zu gelangen, das zu Mißdeutungen keinen Anlaß bietet.

Bei der Beantwortung unserer Frage werden zunächst gewisse Kategorien von Billetts auszuschalten sein. Dies sind diejenigen Billetts, welche Kontrollmaßregeln nicht unterworfen sind, und bei denen sofort nach Lösung der Eintritt in den Zuschauerraum erfolgt. Abgesehen davon, daß sie keine Beweisurkunden sind, da ja die Leistung des Theaterunternehmers, nämlich das Gewähren des Besuches der Vorstellung sich an die Zahlung des Entgeltes unmittelbar anschließt, ermangeln sie infolge der Natur des Geschäftsabschlusses der Möglichkeit, das Recht auf Empfang der Leistung Dritten zu übertragen. Sie dienen lediglich der Aufrechterhaltung der Ordnung und haben juristisch keine Bedeutung.[9])

---

[6]) vgl. Fuchs a. a. O. S. 23.

[7]) vgl. Landsberg a. a. O. § 149 III, 1 S. 521.

[8]) So Opet a. a. O. § 27 IIIa S. 223 f.; Förster-Eccius Bd. 1 Abt. 2 § 6 S. 410: „Diese Schriftstücke haben die Natur von Quittungen und Legitimationen“.

[9]) vgl. Opet a. a. O. § 27 S. 222 f.

Es scheiden bei unserer Betrachtung ferner die Abonnementsbilletts aus, wenn sie auf den Namen lauten. Bestehen sie jedoch aus einer Serie von Karten oder einer einzelnen Karte, die den Namen nicht nennt, so sind sie juristisch den gewöhnlichen Billetts gleichzuachten. Es kommt also hier nur die regelmäßige Erscheinungsform des Theaterbilletts in Betracht, das sogen. Tagesbillett. Dieses enthält in der Regel neben der Bezeichnung des Theaterunternehmers noch Angaben über den Rang, die Nummer usw. und kann sowohl an der Kasse vor Beginn der Vorstellung als auch schon Tage vorher im Vorverkauf gelöst werden.

§ 5.

In der Literatur finden wir nun die Theaterbilletts bald als Quittungen, bald als Legitimationszeichen und endlich auch als Wertpapiere angesprochen. Unter dieser letzten Kategorie kann man dann wieder hinkende und vollkommene Wertpapiere unterscheiden.

a) Als Quittungen werden die Theaterbilletts von einem großen Teil namhafter Schriftsteller angesehen.[1])

---

[1]) vgl. Bekker, Die Geldpapiere, in seinen und Muthers Jahrb. des gemeinen Rechts Bd. 1 S. 308; Platner, Beitrag zur Lehre von den Inhaberpapieren, im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 42 S. 204 f.; Renaud in der Kritischen Überschau der deutschen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft Bd. 5 S. 406. Für Eisenbahnbilletts: Eger, Das deutsche Frachtrecht Bd. 3 S. 310; Dahn, Handelsrechtliche Vorträge S. 125; Bluntschli-Dahn, Das deutsche PrivR. 3. Aufl. S. 505, der sie nur als Legitimation über die geschehene Zahlung des Eintrittspreises bezeichnet; Zschimmer, Die Offerte an das Publikum Kap. 2 S. 455; Carlin, Zur rechtlichen Natur der Wertpapiere, in der Zeitschr. f. d. ges. HR. Bd. 36 § 1 S. 8.

Diese Ansicht dürfte jedoch nicht zutreffend sein. Schon ein rein äußerliches Moment spricht gegen diese Annahme. Die Theaterbilletts nennen nicht die Person des Lösenden. Wollte man sie als Quittungen betrachten, so wären es Empfangsbescheinigungen, bei denen die Bezeichnung der Person des Gläubigers fehlt. Ein Fehlen der Benennung einer bestimmten Person als Gläubiger widerspricht aber dem Wesen der Quittung.[2])

Es geschieht ferner häufig, daß von seiten der Theaterunternehmer an gewisse Personen Freibilletts ausgegeben werden. Hier hat der Theaterunternehmer durchaus kein Äquivalent erhalten, für dessen Empfang er eine Quittung ausstellen könnte, und doch kann auf Grund solcher Billetts ebenso der Eintritt in das Theater gefordert werden wie auf Grund bezahlter Karten.[3])

Gegen die Auffassung des Theaterbilletts als Quittung spricht ferner die Tatsache, daß vereinzelt die Leistung nur gegen Rückgabe der Karten erfolgt. Diese Karten werden dann später wieder zu anderen Vorstellungen benutzt. Nun ist aber der Aussteller einer Quittung durchaus nicht berechtigt, die Quittung wieder zurückzuverlangen.[4])

Aber auch eine kurze Betrachtung der Folgen, welche sich aus der Auffassung des Theaterbilletts als einer reinen Quittung ergeben, lehrt, daß die genannte Ansicht nicht die richtige sein kann. Wollte man das Billett als Quittung ansehen, so würde die Ausübung des Rechts auf den Besuch der Vorstellung nicht an das Vorzeigen desselben gebunden sein.

---

[2]) vgl. Kuntze in Holzschuhers Theorie und Kasuistik Bd. 2 S. 119.

[3]) vgl. Lehmann, Zur Theorie der Wertpapiere, in den Festgaben der juristischen Fakultät zu Marburg Kap. 19 S. 331.

[4]) vgl. Lehmann a. a. O. ebenda.

Der Theaterbesucher könnte also, wenn er das Billett verloren oder zerrissen hätte, immer noch den Beweis für seine Zahlung auf andere Weise als durch Vorzeigen des Billetts erbringen,[5]) indem er sich z. B. auf das Zeugnis einer Person, die bei der Lösung mit zugegen war, oder des Billetteurs selbst beruft. Dies wäre ja möglich, entspricht aber nicht der Praxis. Der Theaterunternehmer müßte demnach den Besucher, der ihm solchergestalt einen Beweis für die Bezahlung des Billetts erbringt, zur Aufführung des Stückes zulassen. Umgekehrt wäre der Theaterunternehmer berechtigt, von dem Besucher außer dem Billett noch einen anderen Beweis für die erfolgte Zahlung des Eintrittsgeldes zu fordern. Denn da er, wie oben erwähnt, auch ohne Vorzeigen des Billetts beim Beibringen anderer Beweise seine Leistung zu bewirken hätte, so liegt die Gefahr nahe, daß er doppelt leistet, insbesondere dann, wenn der Besucher, dem das Billett verloren gegangen ist, sich die Nummer des darauf gesetzten Platzes nicht gemerkt hätte.

Diese Konsequenzen zeigen deutlich, daß es weder im Interesse des Theaterunternehmers, noch in dem des Publikums liegt, wenn die Auffassung Platz griffe, das Billett sei eine Quittung. Sie läßt sich auch mit der Praxis des täglichen Lebens und der Verkehrssitte durchaus nicht in Einklang bringen.

b) Das Theaterbillett wird weiter als Legitimationszeichen aufgefaßt.

---

[5]) vgl. v. Canstein, Lehrb. d. österr. HR. Bd. 1 § 7 S. 73; Renaud a. a. O. S. 407; Opet a. a. O. S. 224 § 27 III a.

[6]) Gareis a. a. O. § 69 I b S. 546; derselbe, Über Legitimationszeichen, in Buschs Arch. f. Theorie u. Prax. d. allgem. deutschen HR. Bd. 34 S. 204, 104 f.

Gareis, der Hauptvertreter dieser Ansicht, fordert für die Karten und Marken des täglichen Verkehrs, zu denen er auch die Theaterbilletts rechnet, eine besondere rechtliche Behandlungsweise, da auf diesem Gebiete „die juristische Distinktion noch nicht ihre Schuldigkeit getan habe“.[7])

Er sieht die Theaterbilletts als Urkunden an „lediglich zur Ausübung einer Kontrolle, zur prima-vista-Bescheinigung einer als Vorbedingung zur Ausübung eines Rechts geltenden Tatsache, oder zur leichteren Orientierung über eine außerhalb der Begebung des Zeichens entstandene Befugnis“, nicht aber sind sie nach ihm Zeichen, die zum Zwecke eines Beweises eines Rechts oder einer Verbindlichkeit dienen, auch liege ihre Bestimmung nicht darin, „als Werte zu zirkulieren“.

Also nur Gründen einer bequemeren Orientierungsmöglichkeit oder sonstigen geschäftlichen Rücksichten haben nach ihm diese Urkunden ihre Entstehung zu verdanken. Während also die obenerwähnten Schriftsteller, nach deren Auffassung das Theaterbillett eine Quittung ist, das Kriterium des Theaterbilletts darin sehen, daß dieses prinzipaliter nur eine Quittung über die Zahlung des Preises sei und erst daneben zur Kontrolle dienen könne, nimmt Gareis umgekehrt an, daß das Theaterbillett nur nebenher zum Beweise dienen könne wie jede andere Urkunde auch, daß sein prinzipieller Charakter aber die durch dasselbe gewährte Legitimationsmöglichkeit sei. Auch dieser Ansicht steht das bereits bei der Behandlung der Frage, ob das Theaterbillett als Quittung aufzufassen sei, erörterte Bedenken entgegen, daß der Beweis für das Recht auf Teilnahme an der Vorstellung auch in anderer Weise als

---

[7]) In Buschs Arch. a. a. O. § 1 S. 97.

[8]) vgl. Gareis im Lehrb. a. a. O. S. 546.

durch Vorzeigen der Urkunde erbracht werden könnte. Der Theaterunternehmer dürfte also, um der Gefahr zu entgehen, event. seine Leistung doppelt bewirken zu müssen, außer dem Billett noch andere Beweise für die Zahlung fordern. Diese Konsequenz ist aber, wie bereits oben erwähnt, mit der Verkehrsanschauung nicht in Einklang zu bringen und steht im Widerspruch mit dem öffentlichen Interesse.

Die Theaterbilletts sind endlich als Wertpapiere aufgefaßt worden. Aber auch unter den Anhängern dieser Anschauung macht sich wiederum ein Unterschied bemerkbar. Ein Teil will im Prinzip, daß der Schuldner jedem Präsentanten des Papieres leiste,[9]) gestattet aber dem Schuldner, noch einen weiteren Legitimationsbeweis zu erfordern, der andere Teil versagt dem Schuldner diese Prüfung der Identität.[10])

Danach zerfallen dann die Wertpapiere in zwei verschiedene Kategorien, von denen die ersteren hinkende[11]) oder qualifizierte Legitimationspapiere, die letzteren vollkommene Legitimationspapiere genannt werden können.[12])

c) Als Vertreter der ersten Ansicht, die in den Theaterbilletten qualifizierte Legitimationspapiere sieht, sind hauptsächlich Jacobi, v. Canstein, Koch und wohl auch Lehmann zu nennen.[13])

---

[9]) So Brunner, Die Wertpapiere, in Endemanns Handb. des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts § 176 S. 173.

[10]) vgl. Thöl, Das HR. Bd. 1 § 225 S. 676; Schneeli a. a. O. S. 56.

[11]) So Thöl a. a. O. § 217, 7 S. 650.

[12]) vgl. auch Opet a. a. O. § 27 S. 225 f.

[13]) vgl. Jacobi, Die Wertpapiere im bürgerl. Recht des Deutschen Reiches § 70 S. 372; für Eisenbahnbilletts Koch, Deutschlands Eisenbahnen Teil 2 § 20a S. 104; v. Canstein a. a. O. § 7 S. 71 f., der sie

Zunächst soll untersucht werden, was Legitimationspapiere, deren Begriff zuerst Kuntze aufgestellt hat, überhaupt sind. Ihr charakteristisches Kennzeichen liegt in der Absicht der Parteien, nicht sowohl eine möglichst freie Zirkulation herbeizuführen und auf diese Weise den Interessen des Nehmers des Papieres zu dienen, als vielmehr den Interessen des Gebers durch Schaffung einer möglichst großen Erleichterung und Vereinfachung der Zahlung förderlich zu sein. Der Inhaber des Papieres gilt nur als solutionis causa adjectus. Danach ist der Aussteller nicht verpflichtet, zu leisten, darf aber leisten und wird durch die Leistung an den Präsentanten befreit. Dabei bleibt er aber stets berechtigt, vor Leistung eine Legitimation des Präsentanten des Papieres zu verlangen, ja er ist sogar dazu verpflichtet, wenn er weiß, daß der Präsentant nicht derjenige ist, für den er sich ausgibt, oder wenn er annehmen muß, daß das Papier unredlich erworben worden ist. Zu diesen Papieren gehören Sparkassenbücher, Pfandscheine, Garderobenmarken usw.[14])

Die Legitimationspapiere sind aber nicht, wie Schneeli meint, stets Wertpapiere.[15])

Denn wenn es auch dem Schuldner gestattet ist, sich mit dem Vorzeigen des Papiers zu begnügen, und er keine weiteren Beweismittel zu fordern braucht, so erhält dadurch die Urkunde doch noch keineswegs den Charakter eines Wertpapieres. Es ist damit viel mehr „nur gesagt, daß das Papier zur Verwertung des darin verbrieften Rechts dienlich sein kann,

---

Inhaberlegitimationspapiere nennt; Lehmann a. a. O. S. 232, der sie unvollkommene Wertpapiere nennt.

[14]) vgl. zu obigem auch Brunner a. a. O. S. 172 f.; Fuchs a. a. O. S. 20 f.; Kuntze a. a. O. S. 395 f., 518 f.; Steuer a. a. O. § 4.

[15]) So Schneeli a. a. O. S. 68, 118.

aber noch nicht, daß dies dazu erforderlich ist. Erst wenn dieses Moment hinzutritt, wenn bestimmt ist, daß die Leistung nur gegen das Papier erfolgt, ist das Legitimationspapier zugleich Wertpapier".[16])

Aber andererseits dürfen die Legitimationsurkunden auch nicht bloß als schlichte Beweisurkunden betrachtet werden.[17])

Denn ihnen wohnt sehr wohl die Möglichkeit inne, als Wertpapiere ausgestellt zu werden.[18])

Die Legitimationspapiere sind endlich nicht identisch mit den Legitimationszeichen, wie dies Fuchs annimmt.[19])

Der wesentliche Unterschied liegt vielmehr darin, daß erstere Wertpapiere sein können, letztere diesen Charakter aber niemals an sich tragen. Wie oben erwähnt, warnt auch Gareis vor der genannten Verwechslung.[20])

Ist somit versucht worden, den Begriff der qualifizierten Legitimationspapiere zu bestimmen, so wird es sich fragen, ob die Theaterbilletts unter diese Kategorie zu bringen sind. Diese Frage dürfte zu verneinen sein. Seiner Natur nach dient das qualifizierte Legitimationspapier nicht in gleichem Maße den Interessen des Inhabers und des Ausstellers, sondern vielmehr zunächst nur denen des Ausstellers allein. Nur um seiner Bequemlichkeit und Sicherheit willen ist es geschaffen. Um nicht das Recht des Präsentanten, ob er zum Verlangen der Leistung befugt sei, prüfen zu müssen, entbehrt das Papier der Angabe des Berechtigten, ist es auf den Inhaber gestellt.

---

[16]) vgl. Brunner a. a. O. S. 175.

[17]) So Pappenheim S. 81.

[18]) vgl. dazu Geppert, Zur rechtlichen Natur der Personenbeförderung auf Eisenbahnen S. 79 Anm. 2.

[19]) Fuchs a. a. O. S. 23.

[20]) vgl. Gareis, Lehrb. S. 545 Anm. 3.

Allerdings kann nicht verkannt werden, daß auch die Bequemlichkeit des Gläubigers dadurch erhöht wird, da ihm die leichte Möglichkeit geboten ist, seinen Anspruch zu veräußern, indem er im allgemeinen darauf rechnen kann, der Aussteller werde von seinem Recht auf Prüfung absehen und sich mit der Präsentation allein begnügen. Allein diese Bequemlichkeit des Gläubigers ist nicht beabsichtigt oder wenigstens erst in zweiter Linie beabsichtigt. Das Papier dient vielmehr zunächst nur den Interessen des Ausstellers. Im allgemeinen liegt es auch gar nicht im Interesse des Publikums, daß keine Prüfung der Legitimation stattfindet, eher im Gegenteil wird das Publikum Interesse daran haben, man denke nur an Garderobenmarken, Sparkassenbücher und Pfandscheine. Hier wird der Gläubiger doch weit eher ein Interesse daran haben, daß eine Prüfung des Präsentanten stattfindet. Denn dem richtigen Papiergläubiger würde ja der Legitimationsnachweis leicht fallen, während dem unrechtmäßigen Besitzer dieser Nachweis unmöglich ist. Im Verhältnis zu dem Vorteil, der dem Publikum aus dieser Legitimationsprüfung erwächst, käme die nur unerhebliche Unbequemlichkeit, die der Legitimationsnachweis mit sich bringen würde, gar nicht in Frage. Anders aber verhält es sich mit den Theaterbilletts. Hier liegt die Legitimationsprüfung, zu der ja der Theaterunternehmer bei der Auffassung des Billetts als eines qualifizierten Legitimationspapieres immer berechtigt ist, keineswegs im Interesse des Publikums. Denn außer dem Papier noch einen weiteren Berichtigungsnachweis zu erbringen, wird für den Besucher oft sehr schwierig, mitunter gar nicht zu ermöglichen sein. Aber auch im ersteren Falle würde es zu einem Zeitverlust führen, ja den Besucher um den Genuß eines Teils der Vorstellung, vielleicht sogar um den der ganzen Vorstellung

bringen können. Man wird nun nicht leugnen können, daß es den Verkehrsanschauungen direkt widersprechen würde, wenn der Theaterunternehmer neben dem Vorzeigen des Billetts noch einen anderen, vielfach dem Besucher nicht möglichen Legitimationsnachweis fordern würde. Doch auch dem Interesse des Theaterunternehmers würde das Theaterbillett, wenn man es als qualifiziertes Legitimationspapier auffaßte, nicht vollkommen gerecht werden. Denn wenn z. B. das Kontrollpersonal einem Theaterbesucher durch Erfordern eines langwierigen Legitimationsbeweises zu Unrecht an dem Eintritt in das Theater verhinderte, so würde der Unternehmer gemäß §§ 325, 326 BGB. dem Besucher zum Schadensersatz verpflichtet sein. Aus diesen Erörterungen dürfte hervorgehen, daß die Auffassung des Theaterbilletts als eines qualifizierten Legitimationspapieres den Verkehrsanschauungen nicht entspricht.[21])

d) Das Theaterbillett ist vielmehr als ein vollkommenes Wertpapier, als Inhaberpapier zu betrachten.

Im folgenden sollen die Gründe erörtert werden, aus denen sich die Rechtfertigung der Auffassung des Theaterbilletts als eines Inhaberpapieres ergibt, und im Anschluß daran die Einwendungen behandelt und geprüft werden, welche gegen diese Auffassungen gemacht worden sind. Und zwar soll diese Untersuchung zunächst für das Gebiet des gemeinen Rechts getroffen und sodann die Frage behandelt werden, ob nach bürgerlichem Recht Abweichungen von dieser Ansicht geboten erscheinen. Im Interesse der Vermeidung von Wiederholungen aber wird es liegen, wenn bereits bei der Betrachtung der Frage nach gemeinem Recht die Vorschriften des Bürgerlichen

[21]) vgl. zu obigem auch Günther a. a. O. § 7 S. 26f.; Steuer a. a. O. §§ 2, 3, 4 S. 10f.

Gesetzbuches, falls erforderlich, herangezogen werden. Die Erörterung, ob die Auffassung von der rechtlichen Natur des Theaterbilletts als Inhaberpapiers gerechtfertigt ist, möge unter folgenden Gesichtspunkten geschehen. Es soll untersucht werden, ob

1. es zulässig ist, ein Theaterbillett als Inhaberpapier auszustellen;

2. die Theaterunternehmer das Recht haben, Billetts mit Inhabercharakter auszugeben;

3. das Theaterbillett nach der Form der Ausstellung zu den Inhaberpapieren gerechnet werden kann;

4. der Theaterunternehmer in dem Theaterbillett ein Inhaberpapier hat schaffen wollen;

5. es im Interesse des Publikums liegt, daß das Theaterbillett als Inhaberpapier betrachtet wird;

6. die Verkehrsanschauung das Theaterbillett als Inhaberpapier ansieht.

Zu 1. Der Anspruch auf Besuch des Theaters ist ein frei übertragbarer zivilrechtlicher Anspruch. Denn bei Abschluß des Theaterbesuchsvertrages beabsichtigt der Unternehmer nicht, gerade der Person, die das Billett löst, zu leisten und keiner anderen. Es ist ihm vielmehr vollkommen gleichgültig, wer das Billett löst und das Theater besucht. Er will höchstens davor bewahrt bleiben, zweimal leisten zu müssen. Nun kann aber jeder frei übertragbare Anspruch auch in einem Inhaberpapier verbrieft werden. Auch nach dem Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches steht der Übertragbarkeit einer aus einem gegenseitigen Schuldverhältnis hervorgegangenen Forderung nichts im Wege.[22])

---

[22]) vgl. RG. Bd. 51 Nr. 39 S. 171.

Und es ist kein Grund vorhanden, warum ein so übertragbares Forderungsrecht nicht in einem Inhaberpapiere verbrieft werden könnte.

Zu 2. Es steht ferner dem Theaterunternehmer die Berechtigung zu, Billetts mit dem Inhaberpapiercharakter auszugeben. Denn nach gemeinem Recht hat jedermann, der sich durch Verträge verpflichten kann, eine solche Befugnis zur rechtswirksamen Emission von Inhaberpapieren. Eine besondere allgemeine Bestimmung, nach der die Ausgabe von Inhaberpapieren einer besonderen staatlichen Autorisation oder Anerkennung bedürfte, existiert nicht[23])

Auch nach dem Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches ist die Frage, ob die Theaterunternehmer berechtigt sind, Billetts mit Inhabercharakter auszugeben, zu bejahen. Denn § 793 BGB. sagt ganz allgemein:

> „Hat jemand eine Urkunde ausgestellt, in der er dem Inhaber der Urkunde eine Leistung verspricht (Schuldverschreibung auf den Inhaber), so kann der Inhaber ..."

und § 795 trifft nur für Schuldverschreibungen auf den Inhaber, in denen die Zahlung einer bestimmten Geldsumme

---

[23]) vgl. zu obigem Stobbe-Lehmann, Handb. des deutschen PrivR. Bd. 3 § 254 S. 478; Endemann, Handelsrecht S. 405; v. Gerber, System des deutschen PrivR. § 161 S. 269; Beseler, System des gemeinen deutschen PrivR. Bd. 3 § 225 S. 322 a. E.; Unger a. a. O. S. 172 f.; Jolly in der Zeitschr. für deutsches Recht Bd. 11 S. 415; Renaud in derselben Zeitschr. Bd. 14 S. 333; v. Pochinger, Die Lehre von der Befugnis zur Ausstellung von Inhaberpapieren § 6 S. 43 f., § 7 S. 72; Gengler, Lehrb. des deutschen PrivR. Teil 1 Anm. zu § 38, 2 S. 171; ROHG. Bd. 17 S. 151 f.; Seufferts Archiv Bd. 7 Nr. 223, Bd. 10 Nr. 91, Bd. 13 Nr. 55, Bd. 15 Nr. 237.

versprochen wird, die Sonderbestimmung, daß solche Schuldverschreibungen nur mit staatlicher Genehmigung in den Verkehr gebracht werden dürfen.

Zu 3. Auch nach der Form der Ausstellung kann das Theaterbillett zu den Inhaberpapieren gerechnet werden. Für die Form der Ausstellung eines Inhaberpapiers ist lediglich das Moment von wesentlicher Bedeutung, daß sich aus dem Papier der Wille des Ausstellers ergibt, dem Vorzeiger des Papiers als solchem den darin verbrieften Anspruch zu gewähren. Es ist nun nicht gesagt, daß dieser Wille sich durch die sogen. Inhaberklausel dokumentieren müsse. Dies ist wohl der Regelfall, doch kann die Inhaberklausel auch durch andere Momente ersetzt werden, aus denen der Wille des Ausstellers erhellt, ein Inhaberpapier zu schaffen.[24]) Es ist dies vor allem dann der Fall, wenn die Urkunde keine Bezeichnung der Person enthält, welche das in dem Papier verbriefte Forderungsrecht geltend machen kann, wenn also der Aussteller sich zur Leistung an jeden verpflichtet, der ihm das Papier vorweist. Dies trifft nun bei den Theaterbilletts zu. Dasselbe gilt auch nach dem Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches. Es widerspricht demnach die Form, in der das Theaterbillett ausgestellt ist, der Auffassung desselben als Inhaberpapier nicht.

Es ergeben des weiteren die mit der Lösung bezw. Hingabe verbundenen Zwecke, daß das Theaterbillett als Inhaberpapier zu betrachten ist.

Zu 4. Es ist der Wille des Unternehmers, daß die Billetts Inhaberpapiernatur haben; denn nur dadurch ist seinem Interesse gedient. Dies dürften folgende Betrachtungen er-

---

[24]) vgl. ROHG. Bd. 22 Nr. 11 S. 54.

weisen. Der Abschluß des Theaterbesuchsvertrages und die Geltendmachung des in dem Billett verbrieften Anspruchs werden meistenteils zeitlich auseinanderfallen, man denke nur an die außerordentlich zahlreichen Fälle, in denen das Billett im Vorverkauf erstanden wird. Hier ist es dem Unternehmer bei einem weitverzweigten Geschäftsbetriebe gar nicht möglich, die Person zu kennen, die das Billett gekauft hat. Er stünde also vor kaum zu überwindenden Schwierigkeiten, wenn er von den Einlaß begehrenden Personen noch andere Legitimationen als das Billett verlangen sollte. Diese Schwierigkeiten werden noch dadurch erhöht, daß die Personen, welche das Theater besuchen, meist nicht identisch sind mit denen, welche das Billett gelöst haben. Die Kontrollpersonen sind ferner wegen ihres Bildungsgrades vielfach nicht einmal in der Lage, entscheiden zu können, ob der Legitimationsbeweis genügend ist. Ließen sie demnach eine Person ohne hinreichenden Legitimationsbeweis ein, so würde der Unternehmer event. Gefahr laufen, doppelt zu leisten; und wenn sie umgekehrt wirklich berechtigten Personen den Eintritt versagten, so würde sich der Unternehmer, wie oben gezeigt, schadensersatzpflichtig machen.

Zu 5. Aber es ist nicht nur der Wille des Theaterunternehmers, das Billett als Inhaberpapier auszustellen, sondern es liegt auch im Interesse des Publikums, daß dasselbe als Inhaberpapier gilt. Die Schwierigkeiten und Weitläufigkeiten, die dem Unternehmer erwachsen, wenn er neben dem Vorzeigen des Papiers noch andere Legitimationsbeweise gelten lassen sollte, führen auch zu großen Unzuträglichkeiten für das Publikum. Diesem ist mit einer Legitimationsprüfung durchaus nicht gedient, wie es event. bei Sparkassenbüchern, Garderobenmarken, Pfandscheinen usw. der Fall ist. Sein

Interesse geht vielmehr lediglich dahin, den Eintritt zu erhalten, ohne durch irgendein weiteres Legitimationsverlangen Zeit zu verlieren.

Zu 6. Endlich sieht auch die Verkehrsanschauung das Theaterbillett als Inhaberpapier an. Wer ein Theaterbillett verloren hat, wird, abgesehen vielleicht davon, daß er sich die Nummer gemerkt hat, gar nicht daran denken, irgendwelche Legitimationsbeweise für seine Geldzahlung zu erbringen. Er sieht in dem Verlieren des Billetts eben einen gleichen Nachteil, wie er einen solchen z. B. durch das Verlieren von Geld oder einer anderen Sache erleidet. Es ist ferner allgemein üblich, daß man Billetts, welche man nicht benutzen kann, verschenkt oder veräußert, ebenso wie der Unternehmer diese unumschränkte Übertragungsmöglichkeit des Billetts dadurch anerkennt, daß er, besonders in größeren Städten, den Verschleiß der Billetts Dritten, besonders Kaufleuten überträgt.[25])

Aus diesen Erörterungen erhellt, daß es sowohl der Wille des Ausstellers ist, als auch im Interesse des Billettnehmers liegt, wenn der Aussteller nur dem Inhaber des Billetts zu leisten braucht, ihm aber auch leisten muß, ohne weitere Legitimationen zu fordern, und wenn der Billettnehmer auf Grund des Billetts Einlaß fordern kann, ohne weitere Legitimationen erbringen zu müssen. Dieser Standpunkt ist auch in der Verkehrssitte begründet. Es kann daher aus den genannten Gründen das Theaterbillett als ein Inhaberpapier bezeichnet werden. Daß dem Theaterbillett der rechtliche

---

[25]) vgl. auch Lehmann a. a. O. S. 332; s. zu obigem ferner Günther a. a. O. § 6 S. 24 f.; Steuer a. a. O. § 5 S. 35 f.

Charakter als Inhaberpapier zukommt, ist denn auch in der Literatur überwiegend anerkannt worden.[26])

§ 6.

Gegen diese Auffassung sind verschiedene Einwendungen erhoben worden. Bekker meint, daß die Absicht der Verkehrserleichterung, welche zur Schaffung der Inhaberpapiere geführt habe, der Auffassung des Theaterbilletts als Inhaberpapier widerspreche. Er sagt:

> „Die Regeln über die Inhaberpapiere seien nur aus dem Gedanken, den Verkehr zu erleichtern, geflossen, und es wäre widersinnig, diese Papiere, die dem eigentlichen Verkehr, wenn auch nicht gerade entzogen, für ihn doch keineswegs bestimmt zu sein pflegen, nach diesen Regeln zu behandeln".[1])

Aber gerade die Tendenz der Verkehrserleichterung hat ja, wie oben dargetan, zur Ausstellung des Billetts geführt. Und zwar ist das Billett zu dem Zweck geschaffen, um dem

---

[26]) vgl. Unger a. a. O. § 14 S. 89, 95, 106; Kuntze a. a. O. § 113 S. 495, 498; Thöl a. a. O. § 224 S. 669; Brunner in Endemanns Handb. des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts § 199 S. 206; Opet a. a. O. § 27 S. 226; Förster-Eccius, Preuß. PrivR. Bd. 1 § 64 S. 374; Fuchs a. a. O. S. 15; Endemann, Das deutsche HR. § 86 S. 404; Jhering, Rechtsschutz gegen injuriöse Rechtsverletzungen, in seinen Jahrb. f. Dogm. Bd. 23 S. 326, 327; Westrum, Übertragbarkeit der Retourbilletts, in JurW. Jahrg. 15 S. 260; de Jonge, Die Übertragbarkeit der Retourbilletts 2. Aufl. S. 6; v. Stubenrauch, Komm. z. österr. allgem. BGB. S. 726 Anm. 2; Altsmann, Die Weiterveräußerung von Eisenbahnretourbilletts, in Gruchots Beitr. Bd. 30 S. 111 a. E.; Pappenheim, Begriff und Arten der Papiere auf Inhaber im Sinne des Art. 307 deutsches HGB. S. 82.

[1]) vgl. Bekker a. a. O. S. 307, 308.

Aussteller als dem Verpflichteten die Legitimationsprüfung und dem Besucher als dem Berechtigten die Legitimationsführung zu erleichtern. Wenn also Bekker als Charakteristikum der Inhaberpapiere die Absicht der Verkehrserleichterung annimmt, so dürften in dieser Hinsicht die Theaterbilletts mit Recht diesen Papieren zugezählt werden.

Bekker sieht aber die Tendenz der Verkehrserleichterung besonders in der leichten Übertragbarkeit, indem er ausführt:

> „Der Nutzen (der Inhaberpapiere) besteht weniger darin, daß sie dereinst gegen den Schuldner zu realisieren, als daß sie in jedem Augenblick beliebigen Dritten gegenüber zu verwerten sind".[2])

Diese Auffassung scheint jedoch den Zweck der Inhaberpapiere zu verkennen. Dieser besteht nämlich nicht in der leichten Übertragbarkeit, sondern in der Möglichkeit eines bequemeren Legitimationsnachweises. Die leichte Übertragbarkeit ist erst eine Folge dieses Hauptzwecks. Übrigens trifft die genannte Folge, wie wir oben gesehen haben, auch bei den Theaterbilletts in vollem Umfange zu, wird doch diese leichte Übertragbarkeit von den Besuchern häufig dazu benutzt, Billette, die sie nicht verwenden können, zu verkaufen oder zu verschenken, und von den Unternehmern, indem sie den Vertrieb der Billetts Mittelspersonen übertragen.[3])

Dieser Wahrnehmung kann sich auch Bekker nicht verschließen und muß zugeben, daß faktisch in den weitaus meisten Fällen beinahe alle Rechtsgrundsätze über Inhaberpapiere, sogar die wichtigsten, bei den Theaterbilletts Anwendung finden,

---

[2]) Bekker a. a. O. eodem.

[3]) vgl. zu obigem auch Thöl a. a. O. Bd. 1, 2 § 22 I S. 674 f.; s. auch Göppert a. a. O. S. 82.

„faktisch werde den gefundenen und gestohlenen Billetts, selbst beim malae fidei possessor, gleiche Wirkung wie rechtmäßig erworbenen beigegeben, doch beweise dies nichts für die Natur des Rechtsverhältnisses".[4])

Da nun seine Theorie, wie er selbst zugibt, mit den tatsächlichen Verhältnissen durchaus nicht vereinbar ist, dürfte es nicht angebracht erscheinen, Erscheinungen, die in der Praxis so häufig sind und dem allgemeinen Rechtsbewußtsein entsprechen, deswegen nur als rein tatsächliche hinzustellen, weil sie mit einer Theorie nicht in Einklang zu bringen sind.

Es müssen des weiteren die Einwendungen Egers einer Würdigung unterzogen werden. Zwar spricht Eger nur von den Eisenbahnbilletts, doch wird man nicht fehlgehen, bei der mannigfaltigen Gleichartigkeit, welche das Eisenbahnbillett und das Theaterbillett aufweisen, die über das erstere getroffenen Erörterungen in analoger Weise auch auf das Theaterbillett anzuwenden, wie dies auch in der Literatur durchweg geschieht.

Eger wendet gegen die Auffassung des Theaterbilletts (Eisenbahnbilletts) als Inhaberpapier ein, daß das Billett erst nach Abschluß des Theaterbesuchsvertrages (Beförderungsvertrages) ausgehändigt wird, mithin könne sich die Forderung nicht in dem Papier verkörpern und als Beweisurkunde über den Vertragsabschluß gelten, sondern sei lediglich Quittung.[5])

Es kann dahingestellt bleiben, ob der Vertragsabschluß schon mit dem Verlangen des Billetts perfekt ist, das Ver-

---

[4]) vgl. Bekker a. a. O. S. 309.

[5]) vgl. Eger a. a. O. Bd. 3 S. 310 f.

langen sich also als Akzeptation der Offerte darstellt; denn selbst wenn man unterstellt, der Vertragsabschluß komme schon vor Aushändigung des Billetts zustande, in welchem Falle das Billett zunächst allerdings Quittung wäre, so ist damit doch nicht gesagt, daß es nur Quittung sei und nicht noch weiter die rechtlichen Eigenschaften des Inhaberpapiers besitzen könne.[6])

Des weiteren meint Eger, würde aus der Inhaberpapiernatur des Billetts folgen, daß dieses auch während der Vorstellung (Fahrt) einem Dritten übertragen werden könnte.[7])

Diese Ansicht aber trifft nur für den Fall zu, daß das Billett auch noch nach Beginn der Vorstellung seine Inhaberpapierqualität behielte. Daß dies nicht der Fall ist, wird weiter unten noch dargetan werden.

Gareis will die Inhaberpapierqualität des Theaterbilletts deshalb verneint wissen, weil eine solche weder der Absicht des Unternehmers noch der des Besuchers entspreche. Er meint:

> „Keine Verwaltung gibt Billetts ab, um sich zu verpflichten, sondern allein um der Kontrolle der Benutzung willen, und niemand erwirbt wohl normal ein Billett um dieses selbst oder seines Wertes willen, sondern wenigstens 999 pro Mille, um die Vorbedingung des Eintritts zu erfüllen, um das Billett vorzeigen zu können".[8])

Es ist jedoch nicht anzunehmen, daß die Theaternehmer Billetts ausgeben sollten, ohne die Absicht und das Empfinden zu haben, daß sie dadurch sich zu einer Leistung gegenüber den Besuchern verpflichteten. Auch das Billett erwirbt man

---

[6]) vgl. dazu Brunner a. a. O. S. 204.

[7]) vgl. Eger a. a. O. eodem.

[8]) vgl. Gareis in Buschs Arch. S. 123, 124.

freilich nicht um des Billettes selber willen; denn dieses als solches ist nur ein wertloses Stück Papier, doch entspricht die Ansicht von Gareis insofern nicht der natürlichen Auffassung, als der Besucher nicht für das Papier als solches zahlt, sondern in der Absicht, das in demselben verbriefte Recht auf Zulassung zur Vorstellung zu erwerben.

Lehmann endlich glaubt, den Theaterbilletts deshalb die Inhaberpapierqualität absprechen zu müssen, weil aus ihnen die Rechtsentstehung nicht erkannt werden könne.[9])

Dies aber erscheint nicht erforderlich; denn alle Wertpapiere, die abstrakter Natur sind, wie z. B. der Wechsel, lassen die Rechtsentstehung nicht erkennen und haben auch im Verkehr nicht diesen Zweck.[10])

Nach obigen Erörterungen dürften die Einwendungen, die gegen die Inhaberpapiernatur des Theaterbilletts erhoben sind, nicht Stich halten, und erscheint die Theorie, welche das Theaterbillett in die Kategorie der Inhaberpapiere einreiht, als die richtige, weil sie den Intentionen der Kontrahenten und der Verkehrsauffassung entspricht.

Auch nach dem Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs dürften sich Abweichungen von der hier aufgestellten Theorie nicht ergeben. Das Bürgerliche Gesetzbuch trifft in § 807 folgende Bestimmung:

> „Werden Karten, Marken oder ähnliche Urkunden, in denen ein Gläubiger nicht bezeichnet ist, von dem Aussteller unter Umständen ausgegeben, aus welchem sich ergibt, daß er dem Inhaber zu einer Leistung verpflichtet sein will, so finden die Vorschriften des

---

[9]) vgl. Lehmann a. a. O. S. 332.

[10]) vgl. zu obigem auch Seidenschnur a. a. O. S. 43f.; Bicheroux a. a. O. § 7 S. 20f.; Steuer a. a. O. §§ 2 u. 3 S. 10f.

§ 793 Abs. 1 und der §§ 794, 796, 797 entsprechende Anwendung".

Hierzu bemerken die Motive:

„In der Anerkennung der Schuldverschreibungen auf Inhaber mit ihren eigenartigen Wirkungen liegt an sich noch kein Grund, auch auf jene Urkunden die Anerkennung auszudehnen. Diese entbehrt jedoch nicht einer gewissen Konsequenz und erscheint durch das Bedürfnis geboten, da der Verkehr unleugbar solche andere Urkunden (Billette, Karten, Marken usw.) in Menge aufweist, welchen nach dem Willen des Ausstellers eine gleiche oder ähnliche Wirkung wie den Inhaberschuldverschreibungen zukommen soll. Wenn das Gesetz sich schweigend verhielte, so würden solche Urkunden mit der bezweckten rechtlichen Wirkung nicht ausgegeben werden können. Aus der notwendigen Zulassung folgt andererseits keineswegs, daß jede Urkunde der fraglichen Art durchgehends nach den für die Schuldverschreibungen auf Inhaber geltenden Normen zu beurteilen wäre. Der in jedem Falle, erforderlichenfalls an der Hand der Verkehrssitte, zu ermittelnde Wille des Ausstellers muß in dieser Beziehung den Ausschlag geben, welcher Wille insbesondere auch für die Vorfrage entscheidend in Betracht kommt, ob nicht eine bloße Legitimationsurkunde vorliege. Mögen auch diese Ermittlungen mitunter schwierig sein, so liegt hierin kein Grund, die Zulassung abzulehnen".[11])

Danach ist zunächst festzustellen, ob die Theaterbilletts nicht als bloße Legitimationsurkunden oder als Quittungen

[11]) vgl. Mot. S. 721, 722, bei Mugdan S. 403.

über den gezahlten Eintrittspreis gelten sollen, in welchem Falle sie nicht zu den Schuldverschreibungen auf den Inhaber gehören.[12])

Dies ist nun, wie oben gezeigt, zu verneinen. Es muß daher weiter untersucht werden, ob an der Hand der Verkehrssitte sich aus den Umständen der Wille des Ausstellers kundtut, daß den Billetts die gleiche Wirkung wie den Inhaberpapieren zukommen soll. Diese Frage ist, wie bereits erörtert, zu bejahen. Das Theaterbillett ist demnach auch nach dem Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs als Inhaberpapier anzusehen, und es finden die über die Schuldverschreibungen auf den Inhaber in den §§ 793 Abs. 1, 794, 796, 797 des Gesetzbuches aufgestellten Sätze auf dasselbe Anwendung. Daß das Theaterbillett nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch als Inhaberpapier aufzufassen ist, ist in der Literatur überwiegend anerkannt, wenn auch diese Papiere juristisch verschiedenartig bezeichnet werden.[13])

[12]) vgl. Matthiaß, Lehrb. des BGB. Bd. 1 S. 600.

[13]) Goldmann-Lilienthal a. a. O. S. 311; Oertmann a. a. O. Anm. zu § 807 S. 902; Crome a. a. O. Bd. 2 § 310 S. 942; Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 2, 1 § 147 S. 333; Kuhlenbeck, Das BGB. Anm. zu § 807 S. 655; Meisner a. a. O. Anm. zu § 807 S. 276; Weyl, Vorträge über das BGB. Bd. 1 § 129 S. 514; Eck, Vorträge über das BGB. Bd. 2 § 101 S. 592; v. Buchka, Vergl. Darst. des BGB. und des gemeinen Rechts S. 169; Cosack, Bürgerl. R. Bd. 2 § 268 S. 370 (Inhabermarken, eine Art von Schuldverschreibungen auf den Inhaber); Müller-Meikel, Das bürgerl. R. des Deutschen Reichs Bd. 1 S. 642 (unvollkommene oder kleine Inhaberpapiere); Enneccerus-Lehmann S. 733 (Inhaberverpflichtungszeichen); Makower, HGB. mit Komm. Bd. 1 S. 1029 zu § 367; Düringer-Hachenburg, Komm. z. HGB. Bd. 2 Vorbem. zu §§ 366, 367 S. 473; Goldmann, Das HGB. Bd. 3 Anm. 4 zu § 363 S. 1501 (Inhabermarken); Schmidt, Der Begriff des Wertpapiers nach dem BGB. S. 21 Anm. 41; Cordes, Be-

§ 7.

Aus der Inhaberpapiernatur des Theaterbilletts folgt nun, daß der in demselben verbriefte Anspruch auf Besuch der Vorstellung frei übertragen werden kann. Die Übertragung ist an keine weitere Form geknüpft als lediglich an die Übergabe des Billetts, und es wird durch diese Übereignung des Papieres ein selbständiges, vom Rechte des Vormannes unabhängiges Gläubigerrecht gegenüber dem Unternehmer erzeugt.[1])

Daß diese Übertragung des Billetts bis zum Beginn der Vorstellung erfolgen kann, hat allgemeine Anerkennung gefunden. Auch darüber herrscht kein Zweifel, daß wenn die Vorstellung bereits ihren Anfang genommen hat, das Billett dann uneingeschränkt übertragen werden kann, wenn es noch nicht benutzt worden ist.

a) Fraglich ist es jedoch, ob die Übertragbarkeit des Billetts auch für den Fall angenommen werden muß, daß der Besucher bereits einem Teile der Vorstellung beigewohnt hat. M. a. W. hat das Billett, nachdem auf Grund desselben die Entgegennahme der Vorstellung begonnen hat, seine Inhaberpapierqualität behalten oder verloren? Um diese Frage zu beantworten, wird man wieder auf die Natur des Theaterbesuchsvertrages, der sich in dem Billett verkörpert, zurückgehen müssen. Es wird untersucht werden müssen, ob der

---

griff und Arten der Wertpapiere S. 147, 148; Gierke, Der Entwurf eines BGB. S. 234, 235; de Jonge, Die Unübertragbarkeit der Retourbillette S. 6; a. M. Staudinger a. a. O. S. 811; Jacobi a. a. O. S. 372.

[1]) vgl. Jacobi a. a. O. S. 174; Jolly in Pözls Krit. VSch. Bd. 2 S. 564 Anm.

Theaterbesuchsvertrag seinem Wesen nach es zuläßt, daß ein zum Teil benutztes Billett einem Dritten überlassen werden darf. Die Verpflichtung des Unternehmers besteht nach der oben getroffenen Erörterung einmal in der Herstellung eines Werkes, zum anderen in der Überlassung des Platzes. Für unseren Fall kommt nur die erste Verpflichtung des Unternehmers in Betracht. Läßt nun der Werkvertrag eine Teilung der Schuldnerleistung zu? Das Bürgerliche Gesetzbuch spricht zwar an verschiedenen Stellen von teilbaren und unteilbaren Leistungen,[2]) jedoch gibt es keine Definition dieser Begriffe, setzt dieselben vielmehr als bekannt voraus. Die Motive besagen darüber:

> „Die Entscheidung bleibt in dieser Beziehung der Wissenschaft überlassen, die Versuche einer Definition sind nicht befriedigend".[3])

Die Frage ist in der gemeinrechtlichen Theorie der Gegenstand eingehender Erörterung gewesen, und wenn auch die Ansichten oft im Einzelfalle auseinandergehen, so erscheint doch im Prinzip eine gewisse Einigkeit vorhanden. Da nach dem Willen des Gesetzgebers die Entscheidung der Wissenschaft überlassen bleiben soll, so dürfte man keine Bedenken tragen, die Ergebnisse, welche durch die eingehenden Untersuchungen der gemeinrechtlichen Schriftsteller gewonnen worden sind, bei der Auslegung des Bürgerlichen Gesetzbuchs zugrunde zu legen. Allgemein wird als teilbar im Rechtssinne eine Leistung dann betrachtet, wenn sie unbeschadet ihres Wesens in Teile zerlegt werden kann, so daß jede einzelne Teilleistung eine Leistung bleibt, die den gleichen

---

[2]) So die §§ 420, 427, 431, 432.

[3]) vgl. Mot. S. 173, bei Mugdan S. 95.

Inhalt wie die Gesamtleistung hat und sich von dieser auch nach vollzogener Teilung nur quantitativ unterscheidet, während als unteilbar eine solche Leistung angesehen werden muß, bei welcher die oben genannte Zerlegung in derartige Teilleistungen nicht möglich ist.[4])

Nach dieser Begriffsbestimmung wird man die Verpflichtung des Theaterunternehmers hinsichtlich der Aufführung des Stückes als juristisch unteilbar bezeichnen müssen. Die Leistung des Unternehmers gipfelt in der Herstellung eines Erfolges, in der Aufführung eines immateriellen opus. Das opus ist nicht aus mehreren kleineren opera, also aus Szenen und Aufzügen zusammengesetzt, die, lose aneinandergereiht, in ihrer Gesamtsumme das Resultat ergeben, es ist vielmehr eine künstlerische Einheit, bei der die einzelnen Teile nur äußerlich gesondert bestehen, in Wirklichkeit aber nicht nur zusammenhängen, sondern auch zusammengehören. Und zwar ist diese Zusammengehörigkeit eine so enge, daß jeder Teil, für sich allein bestehend, qualitativ geringwertiger erscheint als in seinem Zusammenhange mit den übrigen Teilen. Ebenso wie bei der Laokoongruppe jede einzelne der drei Figuren zwar ein opus für sich bildet, dennoch aber qualitativ hinter dem Gesamteindruck, den die ganze Gruppe hervorruft, zurückbleibt und jede Einzelfigur nur zum Zwecke dieser Erreichung des Effekts dient, so bleiben auch — und zwar des Zusammenhanges wegen in noch höherem Maße — die einzelnen äußerlich voneinander getrennten Teile des

---

[4]) vgl. dazu Windscheid a. a. O. § 253 S. 16; Rümelin, Die Teilung der Rechte S. 173 f.; Ubbelohde, Die Lehre von den unteilbaren Obligationen S. 19, 22; Savigny, Das Obligationenrecht S. 321 f.; vgl. auch Planck zu § 420 S. 210; Fischer-Henle Anm. 1 zu § 420 S. 225.

Stückes hinter der Gesamtwirkung der ganzen Aufführung zurück, sie bezwecken nur die Hervorbringung eines künstlerischen Erfolges. Daß der Gegenstand des Werkvertrages rechtlich nicht teilbar ist, wird auch allgemein anerkannt.[5])

Und je nachdem die Leistung als teilbar oder nicht teilbar angesehen werden muß, erscheint auch das auf die Leistung gerichtete Forderungsrecht teilbar bezw. nicht teilbar.[6])

Lange, der gleichfalls die juristische Unteilbarkeit der Leistung des Theaterunternehmers zugibt, meint, daß wegen der faktisch möglichen Teilbarkeit dieser Leistung einer Überlassung des Billetts auch nach bereits eingetretener Benutzung nichts im Wege stehe. Er begründet seine Ansicht im wesentlichen damit, daß ja dann der Schuldner kein „Mehr" leisten müsse, denn es sei gleichgültig, wer auf dem betreffenden Platze sitze, auch dürfe man nicht von der Einheit des Zweckes bei der Theateraufführung sprechen, da die Theaterbesucher mit dem Besuch ganz verschiedene Zwecke verfolgten. Ebensowenig könne man die Leistung des Unternehmers eine künstlerische Einheit nennen, würden doch z. B. an manchen Abenden Stücke gegeben, die gar nicht im Zusammenhange miteinander ständen, und bei Varietévorstellungen sei vollends von einer künstlerischen Einheit der Leistung keine Rede. Aber auch bei einem Einzelstücke habe mancher nur Interesse an dem einen oder anderen Akte allein.[7])

---

[5]) cf. l. 85 § 2 Dig. de V. O. 45, 1: „operis effectus in partes scindi non potest"; Rümelin a. a. O. § 3; Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 2, 1 § 47 II, 2 S. 106f.

[6]) vgl. Windscheid a. a. O. S. 253, 18.

[7]) vgl. zu obigem Lange a. a. O. § 4 S. 39f.

Der Ansicht Langes dürfte jedoch nicht beizupflichten sein. Auf den ersten Blick würden ja die von ihm angeführten Beispiele für die Teilbarkeit der Leistung in dem Sinne, daß eine teilweise Benutzung des Billetts in der oben gedachten Art zulässig wäre, sprechen. In dieser Hinsicht aber wird man, um zu dem richtigen Ergebnis zu gelangen, auf den Willen der Vertragsschließenden zurückgehen müssen.[8])

Wenn man aber die Frage, ob der Wille der Kontrahenten dahin geht, ein bereits benutztes Billett für den Rest der Vorstellung einem Dritten zu übertragen, im Hinblick auf den Besucher und dessen Interesse an der Übertragung vielleicht wird bejahen können, so dürfte diese Frage doch in Ansehung des Willens des Schuldners zu verneinen sein. Wie man es täglich beobachten kann, schützt sich der Unternehmer meist selbst gegen die Gefahr, aktweise leisten zu müssen, indem er durch äußerliche Einwirkungen dem Billett die Übertragungsmöglichkeit nimmt. So wird dem Besucher das Billett beim Eintritt in das Theater abgenommen, mitunter erhält er beim Betreten des Theaterraumes an Stelle des Billetts, das der Portier an sich nimmt, sogen. Kontremarken, die der Übertragbarkeit widerstreben, weil ihnen die Inhaberpapiernatur fehlt. Am häufigsten wird der Beginn der Leistung dadurch kenntlich gemacht, daß das Theaterpersonal die Billette zerreißt, durchlocht, oder ein Stück von ihnen abtrennt. Auch finden sich bisweilen Vermerke auf den Billetts wie z. B. „unübertragbar“ oder „beim Verlassen des Etablissements verliert das Billett seine Gültigkeit“. Durch diese Manipulationen will der Theaterunternehmer den Zeitpunkt kennzeichnen, in dem der im Billett verkörperte Anspruch er-

---

[8]) vgl. auch Endemann a. a. O. § 53 S. 244.

loschen ist, denn dieser ging auf eine unteilbare Leistung. Wenn der Billettinhaber den Saal verläßt, so wird infolge eines Umstandes, den er zu vertreten hat, die dem Theaterunternehmer obliegende Leistung — nämlich Fortsetzung der unteilbaren Leistung — unmöglich. Begehrt also jemand — sei es der ursprüngliche Besucher oder ein anderer — mit dem schon teilweise benutzten Billett Einlaß, so begeht er eine Leistung, auf die er keinen Anspruch hat. Lange folgert aus den von dem Theaterunternehmer gehandhabten Einwirkungen auf das Billett folgendes: Der Theaterunternehmer ist im allgemeinen mit der Überlassung eines schon benutzten Billetts einverstanden; in den Fällen, wo er eine solche Überlassung nicht wünscht, nimmt er eben die genannten Manipulationen vor.[9])

Diese Folgerung scheint jedoch nicht zutreffend. Die genannte unbeschränkte Überlassungsmöglichkeit des Billetts ist nicht prinzipiell gegeben und wird durch das Kupieren aufgehoben; die Übertragbarkeit ist vielmehr von vornherein nicht gegeben und die Nichtübertragbarkeit ist nur äußerlich durch das Zerreißen, Kupieren usw. ausgedrückt. Daß der Wille des Unternehmers nicht dahin geht, zuzulassen, daß ein bereits benutztes Billett weiterübertragen wird, geht schon daraus hervor, daß ein während der Vorstellung kommender Besucher in der Regel denselben Preis zahlen muß, als wenn er bereits bei Beginn des Stückes erschienen wäre, und zwar selbst dann, wenn an einem Abend z. B. mehrere einzelne Stücke gegeben werden, und die gleiche Wahrnehmung können wir bei Varietévorstellungen machen. Man denke nun weiter an die Folgen, die sich aus der Auffassung Langes

---

[9]) vgl. Lange a. a. O. eodem.

ergeben: Wäre die fragliche Überlassung des Billetts zulässig, so würde sich bald ein eigener Geschäftszweig herausbilden, der den Verschleiß von zum Teil benutzten Billetten vertriebe. Diese Erwerbsart hätte besonders dann Erfolg, wenn die Vorstellung in mehrere ihrem Wesen nach voneinander getrennte Teile zerfiele, wie z. B. bei dem Variteté und den Vorstellungen, die die Aufführung mehrerer verschiedener, nicht ein geschlossenes Ganze bildender Stücke zum Gegenstande haben. Dadurch aber wäre der Theaterunternehmer im höchsten Grade geschädigt. Erschiene eine derartige weitere Überlassung nach teilweiser Benutzung des Billetts gerechtfertigt und im Willen der Parteien begründet, so würde der Theaterunternehmer doch sicher durch allgemeine Einführung von Teilbilletts dieser Auffassung Rechnung tragen.

Aus den genannten Erörterungen dürfte hervorgehen, daß die Überlassung eines Billetts an einen Dritten, nachdem auf Grund desselben bereits ein Teil der Vorstellung besucht worden ist, weder den Intentionen der Parteien entspricht, noch auch in der Verkehrsanschauung begründet ist. Die Literatur steht denn auch fast durchweg auf dem Standpunkt, daß eine solche Überlassung unzulässig ist.[10])

Aus dem Gesagten ergibt sich zunächst als Folge der Übertragung eines bereits benutzten Billetts, daß der Theaterunternehmer von dem Besucher, dem das teilweise benutzte Billett überlassen worden ist, die Erstattung des vollen Eintrittspreises fordern darf; denn dieser zweite Besucher hat

---

[10]) vgl. Oertmann a. a. O. Anm. 1 zu § 807 S. 902; Lehmann a. a. O. S. 332; de Jonge a. a. O. S. 7; Fuchs a. a. O. S. 19; Westrum a. a. O. S. 259 f.; Staub, Komm. z. HGB. Bd. 2 zu § 472 Anm. g S. 1939. Für Eisenbahnbillette: Cosack, HR. S. 455; Altmann a. a. O. S. 111 f.

eine Leistung entgegengenommen, ohne auf sie ein Recht zu haben.

b) v. Bar meint nun, daß mit dieser Zivilklage auf das Interesse dem Unternehmer hinreichend gedient sei, um einen event. gewerbsmäßigen Billetthandel zu verhindern, „da die gewerbsmäßigen Billetthändler dem Unternehmer (der Eisenbahnverwaltung) leicht bekannt würden".[11])

Ob dieser Schutz genügt, dürfte zweifelhaft sein, wenn man bedenkt, daß die genannten Billettsüberlassungen zum größten Teil von dem Theaterunternehmer nicht entdeckt werden. Es wird daher noch untersucht werden müssen, ob dem Theaterunternehmer nicht noch ein strafrechtlicher Schutz zur Seite steht. Zwar hat bisher die Rechtsprechung zu der Frage, ob die Überlassung von bereits benutzten Billetts strafbar sei, noch keine Stellung genommen, doch sind hinsichtlich der Eisenbahnbilletts bereits mehrfache Entscheidungen ergangen. Bei der Gleichartigkeit der Billetts, die auch in der einschlägigen Literatur durchweg angenommen wird, wird man aber kein Bedenken tragen können, die dabei zur Sprache gekommenen Rechtssätze auf die Theaterbilletts analog anzuwenden. Die Vertreter der Strafbarkeit der Überlassung und Benutzung bereits benutzter Billetts sehen in der Überlassung eine Beihilfe zum Betruge, in der Benutzung einen Betrug.[12])

---

[11]) vgl. v. Bar, Zweifelhafte Betrugsfälle, insbes. untersagte Benutzung von Eisenbahnretourbilletts, im Gerichtssaal Bd. 40 S. 488.

[12]) vgl. dazu de Jonge a. a. O. S. 19 u. 7; Bicheroux a. a. O. S. 42; LG.-Entsch. Düsseldorf v. 6. 11. 1886 bei Eger, Eisenbahnrechtliche Entsch. deutscher und österreichischer Gerichte Bd. 5 S. 108; OLG. München, Entsch. v. 10. 2. 1888 bei Eger a. a. O. Bd. 6 S. 364; RG. v. 7. 2. 1887 bei Eger a. a. O. Bd. 5 S. 243.

Es soll daher geprüft werden, ob bei der genannten Überlassung bezw. Benutzung des Billetts die Voraussetzungen des Betrugs gegeben sind. § 263 StGB. bestimmt:

> „Wer in der Absicht, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, das Vermögen eines anderen dadurch beschädigt, daß er durch Vorspiegelungen falscher oder durch Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen einen Irrtum erregt oder unterhält, wird wegen Betruges mit Gefängnis bestraft . . ."

Es wird also zunächst gefordert, daß der Täter sich oder einem anderen durch seine Handlungsweise einen Vermögensvorteil verschafft. Dieser Vorteil ist dadurch gegeben, daß der zweite Theaterbesucher sich den Preis spart, den er als Bedingung des Eintritts zu der Vorstellung hätte erlegen müssen. v. Bar will dieses Tatbestandsmoment nur bei unberechtigter Benutzung von Eisenbahnbilletts gegeben wissen, weil „die Benutzung der Eisenbahn dem Fahrenden anderweite Ausgaben erspare und ihn befähige, seine Zeit anderweit zum Erwerbe besser zu verwerten: Nütze doch der Fahrende seine Stiefel usw. nicht so ab, als wenn er gehe, und jedenfalls nütze er nicht so ab seine Zeit, seine Kräfte; die Leistung der Bahnverwaltung besäße also einen Vermögenswert. Anders liege die Sache, wenn z. B. durch eine Täuschung des Logenschließers es jemandem gelinge, Zutritt zu dem Zuschauerraum eines Theaters zu erhalten und so eine Vorstellung, ohne zu zahlen, mit anzusehen. Theater- und Konzertvorstellungen sparten der allgemeinen Regel nach dem Besuche eine andere Aufwendung . . ., es könne also nur derjenige, der einem anderen betrügerisch ein Konzert- oder Theaterbillett ab-

schwindle, als bereichert gelten, nicht aber der ohne Entgelt zusehe oder zuhöre".[13])

Dieser Ansicht stehen jedoch Bedenken entgegen. Es ist durchaus kein Grund zu der Annahme vorhanden, daß die Leistung des Theaterunternehmers nicht auch einen Vermögenswert besitzen solle. Und deshalb, weil jeder Theaterbesucher, auch wenn er zu spät kommt, die Vergütung für den Besuch der Vorstellung dem Theaterunternehmer entrichten muß, erspart derjenige, welcher sich durch seine Handlungsweise die Möglichkeit einer Gratisbeiwohnung verschafft, eben eine Aufwendung, die einen Vermögenswert besitzt.[14])

Der Vermögenswert ist aber auch ein rechtswidriger, denn als rechtswidrig ist der Vorteil anzusehen, auf den der Handelnde einen rechtlich begründeten Anspruch nicht hatte.[15])

Umgekehrt entspricht diesem Vermögensvorteil eine Vermögensbeschädigung des Unternehmers. Denn es entgeht ihm die Vergütung, die der später kommende Besucher, dem der erste Besucher das Billett überlassen hat, für die Vorstellung

---

[13]) vgl. v. Bar a. a. O. S. 495.

[14]) vgl. dazu Lange a. a. O. § 6 S. 81 und das dort angeführte Beispiel.

[15]) vgl. Berner, Lehrb. des deutschen Strafrechts S. 533; Frank, Das StGB. für das Deutsche Reich nebst dem EG. § 253 IV, 3 S. 304: „Vorteile, die auf dem Rechtswege zurückgefordert werden können". Merkel, Diebstahl und Unterschlagung, Abhandl. 27 in v. Holtzendorffs Handb. für das deutsche Strafrecht Bd. 3 § 10 S. 733; Schwarze, Komm. zum StGB. für das Deutsche Reich Anm. zu § 263 S. 660; Kitzinger, Zur Lehre von der Rechtswichtigkeit im Strafrecht, im Gerichtssaal Bd. 55 S. 97f.; Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht Bd. 2 S. 273f.; Binding, Die Normen und ihre Übertretung Bd. 2 § 70 S. 560; vgl. auch RG. Bd. 26 S. 354 und Bd. 6 S. 496, s. auch S. 522.

hätte entrichten müssen. Diese Vermögensbeschädigung ist „gleichbedeutend mit dem zivilrechtlichen Interesse, das der Getäuschte daran hat, nicht getäuscht worden zu sein".[16])

Jedenfalls ist dem Unternehmer durch die Nichtzahlung des Theaterbilletts, das der zweite Besucher hätte lösen müssen, ein Gewinn entgangen.

Nicht zutreffend erscheint die Ansicht von Jhering und v. Bars, welche annehmen, daß der Unternehmer keinen Vermögensschaden erleide, da ja seine Leistung nicht vergrößert werde.[17])

„Nur dann", meint v. Bar, dürfe „der Schuldner Einspruch erheben,

> wenn die Teilung der Leistung ihm ein Mehr zu leisten auferlegen würde; in anderen Fällen habe er kein Recht des Widerspruchs, und begehe der Gläubiger kein Unrecht, wenn er statt seiner einen anderen die Leistung einfordern lasse, genau so, wie der Gläubiger einer Geldforderung kein Unrecht begehe, wenn er nach Beitreibung eines Teils der Forderungssumme den Rest einem anderen zediere." [18])

Der gedachten Ansicht steht das Bedenken entgegen, daß die Gegenleistung (die Aufführung bezw. Beförderung) von der Anzahl der Gegenkontrahenten) ganz unabhängig ist, eine Mehrleistung des Schuldners tritt nicht ein, wenn die Zahl der Zuschauer auch noch so groß ist, ebenso wie bei der Eisenbahn der fahrplanmäßige Zug abgeht, wenn sich auch

---

[16]) vgl. Zwitzers, Der blinde Passagier S. 19.

[17]) vgl. v. Jhering, Rechtsschutz gegen injuriöse Rechtsverletzungen, in seinen Jahrb. Bd. 23 unter XI: Die Obligation S. 334; v. Bar a. a. O. S. 484f.

[18]) vgl. v. Bar a. a. O. S. 484f.

nur wenige oder gar keine Reisende eingestellt haben. Die Aufführung bezw. das Abfahren hängt juristisch mit der Anzahl der Besucher bezw. Reisenden nicht zusammen.[19])

Als weiteres Tatbestandsmoment erfordert das Gesetz das Erregen eines Irrtums. Dieses Erregen eines Irrtums geschieht im vorliegenden Falle dadurch, daß der zweite Theaterbesucher in dem Portier oder Logenschließer den Irrtum hervorruft, daß eine Überlassung des Billetts nicht stattgefunden habe, er also ein Billett besitze, das noch nicht von einem anderen benutzt worden sei.[20])

Diese in der Person des Kontrollbeamten hervorgerufene Irrtumserregung genügt vollkommen, es erscheint nicht notwendig, daß der Irrtum gerade in dem Geschädigten, also in dem Theaterunternehmer hervorgerufen wird; es muß nur der Getäuschte die Möglichkeit haben, auf das Vermögen des zu Beschädigenden nachteilig einzuwirken, aber Identität der Person des Getäuschten und des Geschädigten braucht nicht vorhanden zu sein.[21])

---

[19]) vgl. dazu auch Bicheroux a. a. O. § 15.

[20]) vgl. dazu auch Bicheroux a. a. O. § 15 S. 42; ferner für das Eisenbahnbillett Schneeli a. a. O. S. 109.

[21]) vgl dazu v. Liszt, Lehrb. des deutschen Strafrechts § 139 S. 473; Vermögensbeschädigung bei Betrug (Vorträge an die vereinigten Strafsenate des RG.) im Gerichtssaal Bd. 43 S. 355; Rüdorff, StGB. § 263 Anm. S. 455; Oppenhof, Das StGB. für das Deutsche Reich Komm. § 263 Nr. 60 S. 653 und die dort zit. Entsch.; Olshausen, Komm. zum StGB. für das Deutsche Reich § 263 Nr. 16 S. 1002 und die dort zit. Entsch.; Frank a. a. O. zu § 263 IV, 3 S. 320; Binding, Lehrb. des gemeinen deutschen Strafrechts Teil 2 1. Hälfte § 181 S. 183: „Entweder absolute Identität, in dem Sinne, daß der Getäuschte ein Recht der Disposition über Vermögensrechte des Benachteiligten besitzen muß"; Birkmeyer, Das Strafrecht in seiner Enzyklopädie der Rechtswissenschaft Bd. 2.

Der Irrtum muß aber erregt werden durch Vorspiegeln falscher oder durch Entstellung oder Unterdrücken wahrer Tatsachen; diese Vorspiegelungen, Entstellungen oder Unterdrückungen müssen in dem Getäuschten eine falsche Vorstellung hervorrufen, die ihn zu einem ihn schädigenden Tun bezw. Unterlassen veranlaßt, ihn also zu einer „sein Vermögen vermindernden Vermögensdisposition bestimmt".[22])

Diese vom Gesetz geforderte Täuschung ist vorliegendenfalls darin zu erblicken, daß der zweite Besucher sich als Berechtigter geriert,[23]) indem er den Kontrollbeamten das ihm überlassene Billett, welches für ihn ungültig ist, vorzeigt und dadurch in den Beamten die falsche Vorstellung wachruft, das Billett sei nicht durch Überlassung nach bereits eingetretener teilweiser Benutzung erworben, sondern gültig.

Der § 263 erfordert endlich als Tatbestandsmoment die Absicht, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen. Diese Absicht wird jedoch, wenigstens bei Billetts, auf denen sich nicht ein Vermerk befindet, der die Überlassung verbietet, schwerlich vorhanden sein. Der Besucher, der das Theater während der Vorstellung verläßt, wird, wenn er das Billett einem anderen überläßt, meistenteils nicht die Empfindung haben, daß er sich durch seine Handlungsweise strafbar macht. Er sagt sich lediglich: Der Platz ist bezahlt, es kann dem Unternehmer gleichgültig bleiben, wer auf diesem Platze sitzt, ein Mehr braucht er ja nicht zu leisten. Wohl kaum wird er sich bemüßigt fühlen, darüber nachzudenken, ob der Theater-

---

[22]) vgl. dazu von Liszt a. a. O. § 139 II, 3 S. 473; v. Bar a. a. O. S. 391; Olshausen a. a. O. Note 16 Nr. 263 S. 1002; Zwitzers a. a. O. S. 10.

[23]) vgl. RG. bei Eger a. a. O. Bd. 5 S. 224.

unternehmer ein Interesse daran hat, daß das Billett nach teilweiser Benutzung nicht mehr einem Dritten überlassen werden soll. Dieselbe Erfahrung macht man bei dem zweiten Besucher. Aus den gleichen Gründen wird auch er nicht das Bewußtsein haben, unmoralisch zu handeln.

Nicht viel anders wird der Fall liegen, wenn auf den Billetten sich ein Vermerk des Inhalts befindet, daß das Billett einem Dritten nicht überlassen werden darf. Vorausgesetzt, daß der Besucher sich das Billett überhaupt ansieht und den Vermerk erblickt, könnte er sich denn nicht darauf berufen, daß er gemeint habe, die Theaterverwaltung sei zu einem solchen Verbot überhaupt nicht berechtigt? Haben doch selbst Schriftsteller, die zu den namhaftesten gehören, die Ansicht verfochten, daß ein derartiges Verbot unzulässig und wirkungslos sei.[24])

Vollends wird der Besucher dann nicht das Bewußtsein einer strafbaren Handlung haben, wenn die Absicht des Unternehmers, die genannte Überlassung des Billetts auszuschließen, sich durch Einwirkungen auf das Billett, wie durch Kupieren, Durchlochen, Abtrennen usw. kundgibt.

Nun besagt § 59 Abs. 1 StGB. folgendes:

> „Wenn jemand bei Begehung einer strafbaren Handlung das Vorhandensein von Tatumständen nicht kannte, welche zum gesetzlichen Tatbestande gehören . . ., so sind ihm diese Umstände nicht zuzurechnen".

Gehört aber ein zivilrechtlicher Begriff zu den Tatbestandsmomenten eines Delikts, so muß man, „um bestraft

---

[24]) vgl. v. Bar a. a. O. S. 487f.; v. Jhering a. a O. S. 334 oben.

werden zu können, sich bei Begehung der Tat auch dieses Tatbestandsmerkmals bewußt gewesen sein".[25])

Ein Betrug wird daher gar nicht als vorliegend erachtet werden können, „wenn die Täuschung das Mittel zur Durchsetzung eines erworbenen Anspruchs war . . ., irrige Annahme — daß ein solcher Anspruch bestand — schließt die Strafbarkeit aus".[26])

Und man wird dem Angeklagten beweisen müssen, daß er bei seiner Handlungsweise das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit gehabt hat. Denn nicht er muß den Beweis dafür erbringen, daß er bona fide gehandelt hat, vielmehr ist der Gegenbeweis von der Anklagebehörde zu erbringen. Dies geht deutlich aus dem Wortlaut der Motive zu § 59 hervor, welche besagen:

> „Der Wortlaut dieses Paragraphen könnte Veranlassung für die Annahme bieten, daß wenn ein Angeklagter behauptet, die in Rede stehenden Umstände oder Eigenschaften nicht gekannt zu haben, ihm der Beweis für die Unkenntnis obliegt.
>
> Der § 59 geht aber davon aus, daß in einem solchen Falle der Angeklagte nicht seine Unkenntnis zu beweisen hat, sondern gegen den Angeklagten der Beweis zu erbringen sei, sofern . . ."

Diese Ausführungen gelten nicht nur für den Benutzer des bereits teilweise benutzten Billetts, sondern auch für den ersten Besucher. Denn wenn sich der Beweis für den Betrug nicht erbringen läßt, so wird man auch nicht von einer Bei-

---

[25]) vgl. Westrum, Übertragbarkeit des Retourbilletts, in der JurW. 1886 S. 260.

[26]) vgl. v. Liszt a. a. O. § 139 II, 4b S. 474; Olshausen a. a. O. Note 51 zu § 263 S. 1022; Oppenhof a. a. O. Note 10 zu § 263 S. 641.

hilfe dazu reden können. Aber selbst wenn die Anklagebehörde den erforderlichen Schuldbeweis für den zweiten Besucher beibringen kann, so liegt ihr immerhin noch der weitere Beweis ob, auch beim Gehilfen das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit darzutun.

Aus dem Gesagten erhellt, daß ein solcher Beweis wohl sehr schwer zu erbringen sein dürfte, wenn auch zugegeben werden muß, daß ein solcher Beweis mitunter möglich sein wird. Dies kann z. B. dann der Fall sein, wenn der Täter in Gegenwart von Zeugen geäußert hat, er wisse, daß seine Handlungsweise strafbar oder daß sie rechtswidrig sei, denn schon dieses letztere genügt. Doch gehören diese sowie ähnliche Fälle zu den weitaus größten Seltenheiten.

§ 8.

Das Ergebnis der vorangegangenen Erörterung ist demnach folgendes:

1. Eine Bestrafung wegen Betrugs bezw. Beihilfe dazu erscheint bei der Überlassung bezw. Benutzung eines bereits teilweise benutzten Billetts nicht ausgeschlossen.

2. Eine Bestrafung kann nicht eintreten, wenn der Handelnde die Rechtswidrigkeit des geltend gemachten Anspruches nicht kannte.

3. Da der Beweis der Kenntnis der Rechtswidrigkeit der Anklage obliegt und nicht umgekehrt der Angeklagte den Beweis für die Unkenntnis zu erbringen hat, wird der Beweis nur in den seltensten Fällen möglich sein.

4. Die Strafverfolgung erscheint daher in den weitaus meisten Fällen von vornherein aussichtslos.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.

Lebenslauf.

Am 21. August 1885 wurde ich, Paul Jackisch, zu Kattowitz in Oberschlesien als Sohn des jetzigen Amtsgerichtsrats Dr. jur. Adalbert Jackisch und seiner Ehefrau Julia, geb. Pospiech, geboren. Ich bin katholischer Konfession und preußischer Staatsangehöriger.

Den ersten Unterricht genoß ich in der Mittelschule in Kattowitz; ich trat dann in das Städtische Gymnasium daselbst ein, das ich Ostern 1905 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Im Sommersemester 1905 und in dem darauf folgenden Wintersemester studierte ich in Freiburg i. Br., im Sommersemester 1906 in Greifswald, im Wintersemester 1906/07 in Leipzig und beendete in den folgenden drei Semestern meine akademischen Studien in Breslau.

Am 2. November 1908 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung zu Breslau, am 30. November das examen rigorosum.

Am 13. November 1908 wurde ich zum Referendar ernannt und dem Kgl. Amtsgericht zu Nicolai OS. zur Ausbildung überwiesen.

Bei Abfassung der Dissertation haben mich die Herren Prof. Dr. Schott und Prof. Dr. Herbert Meyer mit gütigen Ratschlägen unterstützt. Ich spreche ihnen an dieser Stelle meinen aufrichtigen Dank aus.